

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Romano**



**TESIS DOCTORAL**

**Los fideicomisos a través de la literatura específica de los juristas romanos**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Manuel Abellán Velasco**

**Madrid, 2015**

Manuel Abellán Velasco

TP  
1982  
111



X-53-377805-X

LOS FIDEICOMISOS A TRAVES DE LA LITERATURA ESPECIFICA  
DE LOS JURISTAS ROMANOS.



ARCHIVO

Departamento de Derecho Romano  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
1982

Colección Tesis Doctorales. Nº 111/82

© Manuel Abellán Velasco  
Edita e imprime la Editorial de la Universidad  
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía  
Noviciado, 3 Madrid-8  
Madrid, 1981  
Xerox 9200 XB 480  
Depósito Legal: M-8492-1982



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho.

LOS FIDEICOMISOS A TRAVES DE LA LITERATURA ESPECIFICA DE LOS  
JURISTAS ROMANOS.

---

Tesis Doctoral

MANUEL ABELLAN VELASCO





Los fideicomisos a través de la literatura  
específica de los juristas romanos.

Tesis doctoral realizada bajo la di-  
rección del Dr. D. Juan A. Arias Bo-  
net, Catedrático de Derecho Romano -  
de la Universidad Complutense, pre-  
sentada por el Lcdo. Manuel Abellán  
Velasco para la obtención del grado  
de Doctor.

M A D R I D 1.981



## I. LOS FIDEICOMISOS A TRAVÉS DE LA LITERATURA ESPECÍFICA DE LOS JURISTAS ROMANOS

### 1. La delimitación del tema.

El objeto principal del trabajo a realizar va a ser el análisis de las monografías de la época clásica dedicadas al tema de los fideicomisos. Su estudio ya de antemano no se presenta fácil, puesto que de las obras monográficas elaboradas por los juristas romanos, en su generalidad, y no solamente las referidas al tema que nos ocupa, se conocen pocos datos. De la mayoría solo nos han llegado fragmentos que han sido recogidos en obras más generales; de otras, tan solo se conoce su título.

De la escasez de noticias que se tienen de la existencia de obras monográficas que traten de cualquier materia jurídica durante la época clásica, cabe deducir que los juristas de este tiempo eran reacios a este tipo de trabajos, prefiriendo manifestar sus conocimientos en obras de otra naturaleza. La explicación de este hecho puede muy bien ser, como opina Schulz, las especiales características de la jurisprudencia romana "que evitaba la ciencia jurídica, la reforma del derecho, la filosofía jurídica, que concedió importancia principalmente a la casuística y a la problemática y que estaba solo medianamente interesada en la sistemática y en la abstracción" (1). En tanto en cuanto que, lo que caracteriza al trabajo monográfico, es el ser un estudio limitado, particular, profundo y minucioso de una determinada materia, por estas sus características se opone a la forma de concebir la obra jurídica que tenían los juristas romanos clásicos.

Pero a pesar de la presunta aversión por este medio de expresión, lo cierto es que se conoce un reducido número de trabajos monográficos que estudian y tratan los más diversos temas; Schulz nos refleja la enumeración y clasificación de los mismos (2); siguiendo el sistema por él utilizado señalamos a continuación las obras existentes:

(1). Schulz, History of Roman Legal Science. Oxford, 1953 Pag. 257

(2). Op. cit. Pags. 252 y ss.

## 1) Derechos de la Persona:

## GAIUS:

- De manumissionibus libri III; Lenel, Pal., I, 250.
- Dotacion; registrado solo en el Index Fl.

## MODESTINUS:

- De manumissionibus lib. sing.; Lenel, Pal., I, 720.
- De ritu nuptiarum lib. sing.; Lenel, Pal., I, 756.

## NERATIUS:

- De nuptiis; Lenel, Pal., I, 774.

## PAULUS:

- De liberali causa lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.134. (3).
- De articulis liberalis causae lib. sing.; Lenel, Pal., I, 955.
- De adsignatione libertorum lib. sing.; Lenel, Pal., I, 951.
- De libertatibus dandis lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.134.
- De iure patronatus lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.118.
- De iure patronatus quod ex lege Julia et Papia venit lib. sing.; registrado solo en el Index Fl.
- De dotis restitutione lib. sing.; Lenel, Pal., I, 965.
- De donationibus inter viros et uxores lib. sing.; registrado solo en el Index Fl.
- De gradibus et adfinibus et nominibus eorum lib. sing.; Lenel, Pal., I 1.103.

## TERTULLIANUS:

- De castris peculio lib. sing.; Lenel, Pal., II, 341.

## ULPIANUS:

- De sponsalibus lib. sing.; Lenel, Pal., II, 1.198

---

(3). Se aprecia un error en la referencia a la Palingenesia que de esta obra se hace en la edición italiana de Schulz, trad. de Nocera, pag. 457. Allí dice, Lenel, I, 720; en realidad es Lenel, I, 1.134.

## 2) Derecho de Propiedad:

## NERVA:

- De usufructibus; Lenel, Pal. I., 791.

## PAULUS:

- De usufructibus; Lenel, Pal., I, 966.

## 3) Derecho de Obligaciones:

## GAIUS:

- De verborum obligationibus libri III; Lenel, Pal., I, 261.

## MARCIANUS:

- De lege Rhodia; Lenel, Pal., I, 588.

## PAULUS:

- De intercessionibus feneratorum lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.115.
- Ad amissionem cultus Velleorum lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.297.
- De iniuria lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.112.
- De iuribus lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.300.

## PEDIUS:

- De stimulationibus; Lenel, Pal. II, 8.

## POMPONIUS:

- De stimulationibus; Lenel, Pal., II, 151.

## SABINUS:

- De furtis; Lenel, Pal., II, 187

## VENULEIUS:

- De stimulationibus libri XIX; Lenel, Pal. II, 1.218.

## 4) Derecho Hereditario:

## MODESTINUS:

- De testamentis lib. sing.; registrado solo en el Index Fl.

- De inofficioso testamento lib. sing.; Lenel, Pal., I, 720.

PAULUS:

- De testamentis lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.300.
- De secunda tabula lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.293.
- De inofficioso testamento lib. sing.; Lenel, Pal., I, 957 (Schulz lo cita como "septemviralibus").
- De iura codicillorum lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.115.

De legatis et fideicommissis:

GAIUS:

- De fideicommissis libri II; Lenel, Pal., I, 237.
- De tacitis fideicommissis lib. sing.; Lenel, Pal., I, 261.

MODESTINUS:

- De legatis et fideicommissis lib. sing.; registrado solo en el Index - Fl.

PAULUS:

- De fideicommissis libri III; Lenel, Pal., I, 1.099.
- De tacitis fideicommissis lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.300.
- Ad regulas Catonianas lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.221.
- De instrumenti significatioms lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.114.
- De legitimis hereditatibus lib. sing.; registrado solo en el Index Fl.

POMPONIUS:

- De fideicommissis libri V; Lenel, Pal., II, 98.

ULPIANUS:

- De fideicommissis libri VI; Lenel, Pal., II, 909.

VALENS:

- De fideicommissis libri VII; Lenel, Pal., II, 1.202.

5) Derecho de las Acciones:

ARRIANUS:

- De interdictis; Lenel, Pal., I, 69.

## MODESTINUS:

- De praescriptionibus lib. sing.; Lenel, Pal., I, 731 (y libri IV).

## PAULUS:

- De conceptione formularum lib. sing.; Lenel, Pal., I, 958.
- De actionibus lib. sing.; registrado solo en el Index Fl.
- De concurrentibus actionibus lib. sing.; Lenel, Pal., I, 999.

## VENULEIUS:

- De interdictis libri VI; Lenel, Pal., II, 1210.

## 6) Derecho Privado en general:

## PAULUS:

- De iuris et facti ignorantia lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.118.
- De iura singulari lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.118.

## 7) Procedimiento:

## ARCADIUS CHARISIUS:

- De testibus lib. sing.; Lenel, Pal., I, 39.

## CALLISTRATUS:

- De cognitionibus libri VI; Lenel, Pal., I, 81.

## MACER:

- De appellacionibus libri II; Lenel, Pal., I, 561.

## MARCIANUS:

- De appellacionibus libri II; Lenel, Pal., I, 639.

## PAULUS:

- De cognitionibus lib. sing.; Lenel, Pal., I, 958.
- De iura libellorum lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.117.
- De appellacionibus lib. sing.; Lenel, Pal., I, 953.
- Ad municipales lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.139.



## ULPIANUS:

- De appellacionibus libri IV; Lenel, Pal., II, 379. (4)
- De omnibus tribunalibus libri I; Lenel, Pal., II, 992.

## 8) Derecho Penal:

## MARCIANUS:

- De iudiciis publicis libri XIV; Lenel, Pal., I, 589.

## MACER:

- De iudiciis publicis libri II; Lenel, Pal., I, 565.

## MARCIANUS:

- De iudiciis publicis libri II; Lenel, Pal., I, 675.

## MODESTINUS:

- De poenis libri IV; Lenel, Pal., I, 726.

## PAULUS:

- De poenis omnium locum lib. sing.; registrado solo en el Index Fl.
- De poenis corporum lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.178.
- De extraordinariis criminibus lib. sing.; registrado solo en el Index Fl.

## VENULEIUS:

- De iudiciis publicis libri III; Lenel, Pal., II, 1.214.
- De poenis corporum lib. sing.; Lenel, Pal., II, 1217.

## 9) Derecho Fiscal:

## ARCADIUS CHARISTIUS:

- De numeribus civilibus lib. sing.; Lenel, Pal., I, 57.

## CALLISTRATUS:

- De iure fisci et poenali libri IV; Lenel, Pal., I, 97.

(4). Se aprecia un error en la referencia a la Palingenesia que de esta obra se hace en la edición italiana de Schulz. Allí dice, Lenel, I, - 379.

## MARCIANUS:

- De delatoribus lib. sing.; Lenel, Pal., I, 640.

## PAULUS:

- De iura fisci libri II; Lenel, Pal., I, 1.116.
- De portionibus quas liberis damnatorum conceduntur lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.179.
- De censibus libri II; Lenel, Pal., I, 957.

## ULPIANUS:

- De censibus libri VI; Lenel, Pal., II, 385.

## 10) Derecho Militar:

## MACER:

- De re militari libri II; Lenel, Pal., I, 573.

## MENANDER:

- De re militari libri II; Lenel, Pal., I, 655.

## PAULUS:

- De poenis militum lib. sing.; Lenel, Pal., I, 1.178.

## TARRUTENIUS PATERNUS:

- De re militari libri IV; Lenel, Pal., II, 335 (5).

Como puede apreciarse, los temas tratados son diversos. Ante esta variedad cabe preguntarse cuál fue la razón para que fuesen estudiados por medio de monografías y no recogidos en obras de tipo general que era la forma comúnmente utilizada por los juristas de la época.

Para Schulz, su tratamiento por medio de monografías se debe a que "o son muy breves, o tratan de materias para las cuales no había espacio suficiente en obras sistemáticas ordinarias." (6).

(5). Se aprecia un error en la referencia a la Palingenesia que de esta obra se hace en la edición italiana de Schulz. Allí dice, Lenel, I, - 335. En realidad es, Lenel, II, 335.

(6). Schulz, Frits.: Op. cit. pag. 257.

Dejando a un lado, de momento, el argumento referido a la brevedad, examinemos más detenidamente el de que las obras monográficas "tratan de materias para las cuales no había espacio suficiente en las obras sistemáticas ordinarias".

Limitando el campo de estudio al derecho hereditario, y más concretamente a los fideicomisos, se puede observar como un gran número de juristas - de la época clásica, y de otras épocas, dan cabida en obras sistemáticas ordinarias al tema de los fideicomisos. Es suficiente con una mirada a la "Palingenesia Iuris Civilis" de Lenel, para ver que, dentro de obras generales dedican a fideicomisos, Iavoleno el libro III ex Cassia (7); Juliano, los libros XXXIX y XL del Digesto (8); Licinio Rufino el libro V de sus Regulas (9); Marcelo, el libro XV de su Digesto (10); Modestino, los libros I y XI de sus Responsa (11); Papiniano, los libros XII y XIII de las Quaestiones (12), y el libro IX de Responsa (13); y otros como Paulo, Pomponio, Q. Cervidio Escévola, Ulpiano, etc., que no detallamos por no hacer demasiado extensa la relación.

Otro dato a tener en cuenta es que el tratamiento dado a este tema no difiere nada, ya se haga en una obra sistemática general, ya en una monografía. En uno y otro caso el método empleado es el casuístico, relatando numerosos conflictos y situaciones de hecho que los diversos juristas tratan de resolver con sus opiniones.

Debemos preguntarnos entonces, qué especialidad, qué notas diferenciadoras reunían los fideicomisos para que varios juristas, aislando el tema de las obras sistemáticas generales, les prestasen una atención particular y les hiciesen objeto de un estudio monográfico.

Históricamente la figura del fideicomiso es posterior a la del legado. La finalidad que con ella se quiere alcanzar es, como toda innovación llevada a cabo por los juristas romanos, eminentemente práctica: salvar las -

- 
- (7). Lenel, Pal., I, 279.
  - (8). Lenel, Pal., I, 419 a 427.
  - (9). Lenel, Pal., I, 560.
  - (10). Lenel, Pal., I, 616 a 618.
  - (11). Lenel, Pal., I, 749 a 753.
  - (12). Lenel, Pal., I, 853 a 860.
  - (13). Lenel, Pal., I, 922 a 925.

deficiencias que se apreciaban en los legados y evitar el rigor y las exigencias que llevaba consigo la aplicación de las disposiciones sobre los mismos. Las dos instituciones conviven en el tiempo hasta que, por una serie de razones que se explicarán en su momento, se produjo una equiparación entre ambas.

Es lógico pensar que el ciudadano romano, en el momento de disponer sobre el destino de sus bienes, prefiriese el medio menos rígido y más flexible por el que pudiese hacer prevalecer su voluntad, evitando, e incluso burlando, una serie de prohibiciones impuestas por las drásticas disposiciones del arcaico "ius civile". El camino para conseguir estas finalidades se le ofrecía el fideicomiso. Utilizando este medio no debía atenderse a tantas formalidades como con el legado; se podía redactar incluso en griego; no era esencial que estuviese incluido en el testamento; era válido el fideicomiso oral, y, fundamentalmente, sus bienes podían llegar a la persona por él deseada a pesar de que a ésta le estuviese prohibido por la ley o por otros motivos recibirlos.

Estas y muchas más ventajas, debieron hacer que el uso de este instituto se desarrollase en gran manera, hasta convertirse en normal dentro de la sociedad romana. Y esta importancia que adquiere es, a nuestro parecer, el motivo de que sea especialmente estudiado por los juristas de la época clásica.

Nuestra atención debe detenerse, llegado este momento, en el análisis de las obras que concretamente se refieren a los fideicomisos. Y lo primero que nos interesa saber y que debemos preguntarnos es cuándo aparecieron, quién fué el primer jurista que dedicó su atención al tema en particular, quiénes le siguieron en el tiempo, qué conexiones y relaciones existen entre unos y otros.

Los autores de los cuales conocemos obras en este sentido son Gayo, Marciano, Paulo, Pomponio, Ulpiano y Valente. Intentaremos situarlos en su época y acercarnos a los años en que cada uno pudo elaborar las obras que nos interesan.

El periodo en que los autores citados viven y desarrollan su actividad jurídica comprende desde el principio del siglo II p.C., hasta el p.<sup>rimero</sup> -

tercio, aproximadamente, del siglo III p.C. Valente, Gayo, Pomponio y Marciano son contemporáneos y probablemente trabajaron durante los mismos años, bajo los emperadores Adriano (117-138 p.C.), Antonino Pio (138-161 p.C.), Marco Aurelio y Vero (161-172 p.C.), y sobre Marco Aurelio (172-180 p.C.). Ulpiano y Paulo, también contemporáneos, viven y trabajan en la época de los emperadores Septimo Severo (193-211 p.C.), Caracalla (211-218 p.C.), Heliogábalo (218-222 p.C.) y Alejandro Severo (222-235 p.C.), bajo cuyo mandato sabemos que murió Ulpiano en el año 228, siendo prefecto del pretorio, víctima de una conjura de los pretorianos.

En este reducido espacio de tiempo debemos indagar los datos que nos puedan conducir con la máxima precisión posible a determinar el orden cronológico de las obras en cuestión.

## II. LOS AUTORES DE LAS MONOGRAFÍAS.

### 2. Aburnio Valente.

Comenzaremos el estudio por el jurista Aburnio Valente, el cual, según trataremos de demostrar, pudo ser el primero en escribir una monografía sobre el tema que nos ocupa.

Honoré (14) trata de desvelar la identidad del Valente autor de siete libros sobre fideicomisos. Utilizando un método de investigación original, se enfrenta con todos los datos generalmente conocidos de juristas o funcionarios importantes que llevaron ese nombre, y así sabemos que un C. — Aburnio Valente fue Consul suffectus en el año 109 p.C.; un L. Fulvio — Aburnio Valente fue Praefectus urbi feriarum Latinarum en el 118 p.C.; un Aburnio Valente formó parte del consilium de Pío; que Pomponio, en un fragmento del Rechiridium lib. sing. (15) recogido en D. 1.2.2. 53., menciona a un Aburnio Valente como sucesor de Iavoleno en la jefatura de la escuela sabinaense de derecho, junto con Tusciano y Salvio Juliano; Paulo, en su Ad Vitellium libri II (16), en un fragmento recogido en D. 32.78.6 (17) se refiere al Aburnio Valente autor de la obra sobre fideicomisos.

¿Son todos los citados la misma persona?. De no serlo, ¿existe alguna relación entre ellos?.

Los datos de que disponemos hacen pensar que el Valente escritor de la obra sobre fideicomisos es el Lucio F. Aburnio Valente que fue Praefectus urbi feriarum Latinarum en el 118 p.C. (18). Este cargo era concedido a los jóvenes que destacaban por su preparación y conocimiento poco después

(14.) Honoré: Julian's circle; en T.R.G. 32 (1964), pag. 31-35.

(15). Lenel, Pal., II, 51.

(16). Lenel, Pal., I, 1.302-1.306. El fragmento que nos interesa en col.1306

(17). Esta referencia al Digesto aparece equivocada en el artículo de Honoré citado anteriormente. Allí, en nota 136 dice D. 32.18.6 cuando en realidad es D. 32.78.6.

(18). Schulz, F.: Op. cit. pag. 105, cita a un Aburnio Valente cuando se refiere a la participación de los juristas en la administración. Entre los cargos que le asigna está el de Praefectus urbi feriarum Latinarum en el 118 p.C. Además de éste, el de Triumvir aere argento auro flando feriundo, quaestor Augusti, Tribunus Plebis, Pontifex, y posiblemente miembro del consilium de Pío.

de recibir la "toga virilis". Si tenemos en cuenta que la "toga virilis" - se solía recibir normalmente a los 16 años, nuestro autor tendría aproximadamente esa edad en el año 118 p.C. Su nacimiento, por tanto, tendría lugar a finales del siglo I o comienzos del siglo II p.C. (entre los 98 y -103, según Honoré). Su formación jurídica, siguiendo también a Honoré, se realizaría entre los años 112 y 122 en el seno de la escuela sabiniana, - bajo la dirección de Iavoleno.

Parece segura la adscripción de Aburnio Valente a la escuela sabiniana a pesar de que la mayoría de los autores por él citados pertenecen a la - proculyana. Este hecho tiene una explicación razonable, pues el tema sobre el que escribe, fideicomisos, debió ser especialmente estudiado por la escuela proculyana, y no es de extrañar que los autores a los que Valente - hace referencia pertenezcan a la misma.

Dando por supuesto que el escritor Valente es el joven praefectus del - año 118 educado en el seno de la escuela sabiniana, debemos preguntarnos si es la misma persona que el jefe de la escuela que llevó el mismo nombre, mencionado por Pomponio en el fragmento del Digesto anteriormente citado.

Para Honoré, sin ningún género de dudas, el jefe de la escuela es el - Aburnio Valente consul suffectus en el año 109 p.C. (19), quién a su vez - muy probablemente sería el padre de nuestro autor (20).

---

(19). Honoré: Galus, Oxford, 1962. En esta obra Honoré adopta la misma postura en pag. 21 y 27-28, aún admitiendo que la opinión preponderante es considerar al hijo como jefe de la escuela. También aquí ofrece argumentos en sentido contrario que serán analizados a lo largo - de nuestra exposición.

(20). Schulz, en op. cit. nota (3), de la pag. 105 se refiere a una inscripción (CIL, VI, 1421; ILS, 1051) de la cual se deduce que el padre de la persona mencionada en la misma era el C. Aburnio Valente que fue - cónsul en el año 109, como demuestran los Fasti Ostienses. Se plantea la duda de cual de los dos debe identificarse con el Aburnio Valente mencionado por Pomponio como jefe de la escuela sabiniana, si el que aparece en la inscripción o el cónsul del 109. Honoré, como veremos, se decide por considerar jefe de la escuela al cónsul del 109. Nosotros aceptamos esta última opinión porque la fecha de la investigación llevada a cabo por Honoré es posterior a la de Schulz, y ha podido tener presentes datos que el último pudo no haber conocido.

Fundamenta su afirmación, en primer lugar, en el hecho de que el padre (21), al que supone nacido alrededor del año 66 p.C.; tendría unos 40 años en la época en que asumió el consulado y cerca de 50 cuando muere Iavoleno y alcanza la jefatura de la escuela; es, por tanto, un hombre maduro y con rango consular, que, indudablemente, estaría mucho más capacitado para desempeñar dicho cargo que su hijo, ya que, en la época que se supone accedió a la jefatura, éste no pasaría de ser un joven brillante con una edad aproximada a los 20 años, pero sin la experiencia ni el rango -hasta ese momento solo había sido, como sabemos praefectus urbi feciarum latinorum- suficientes para ocupar tan alto puesto.

Pero este argumento, en realidad, no nos parece muy convincente y además es el mismo Honoré el que le resta valor al decirnos que Juliano, tercer miembro del triunvirato rector de la escuela según la mencionada cita de Pomponio, tendría alrededor de 17 años a la muerte de Iavoleno y que habría aproximadamente 3 años menor que Valente hijo (22).

¿Es válido rechazar al joven Aburnio Valente por su inexperiencia y por su carencia de una carrera pública brillante, y admitir en el mismo puesto sin ninguna objeción a una persona más joven que él y con una carrera pública, hasta ese momento, inferior?

Debemos, pues, seguir examinando los argumentos que nos propone. En sus razonamientos posteriores observamos que hace un estudio comparado de la labor del Valente jefe de la escuela y de Juliano su compañero en el cargo. Sería posible, afirma, que, dada la proximidad entre las fechas de nacimiento de Valente hijo y de Juliano, el primero, como vimos anteriormente, fuese ligeramente mayor que el segundo, en cuyo caso el orden que aparece en el fragmento de Pomponio anteriormente citado -Aburnius Valens et Tullianus item Salvius Julianus- sería correcto. Pero existen varios datos que se oponen a ello. Uno, que no se aprecia la influencia de Valente en las personas que acudieron a la escuela durante la época en que él fue jefe; otro la

(21). En nuestra exposición nos referiremos a Aburnio Valente cónsul en el 109 como padre del Aburnio Valente escritor, aunque este hecho solo sea una posibilidad no demostrada plenamente.

(22). Honoré, Gaius pag. 28; Julian's circle pag. 34.



posición predominante adquirida por Juliano en el seno de la misma a partir del año 130 p.C. Esto solo podría explicarse razonablemente sobre la base de que fuese Aburnio Valente padre el jefe de la citada escuela, dado que, al ser un hombre de bastante más edad que Juliano, no estaría en condiciones para dedicarse plenamente a la enseñanza o desarrollar la misma actividad que su colega en la jefatura. Honoré calcula que en el 130 p.C. Valente padre tendría alrededor de 63 años.

Este argumento podemos admitirlo plenamente y nos induce a pensar que es lógica la preponderancia de Juliano y que éste influyese más que su anciano colega en la marcha de la escuela. De ser jefe de la misma Aburnio Valente hijo, hombre como antes se dijo de edad muy similar a la de Juliano, creemos que su paso por la jefatura no hubiese sido tan silencioso y que la preponderancia alcanzada por Juliano no hubiese sido tan evidente al tener a su lado a un jurista que, según todos los datos que nos han llegado, fue brillante en su trayectoria como hombre público.

Otro argumento plausible es el relativo a la finalidad que quería conseguir Iavoleno al designar como sucesores a Aburnio Valente y Salvio Juliano (23). Con el cónsul pretendía tener a la cabeza de la escuela a una persona bien relacionada política y socialmente que defendiese y propagase las ideas de la misma en las citadas esferas. Con Juliano, más joven y de inferior condición social pero, por lo que se puede deducir, con un brillante porvenir como jurista, tener en el seno de la escuela a un hombre llamado por sus valores a alcanzar las más altas posiciones en lo político y en lo jurídico.

Atendiendo a estas consideraciones, estamos con Honoré al identificar al jefe de la escuela sabiniana mencionado por Pomponio con el cónsul del año 109, y también pensamos con él, aunque esta cuestión creemos tiene menor interés, que C. Aburnio Valente podría ser el padre de nuestro autor.

(23). Aunque Pomponio menciona junto a estos dos a Tusciano, Honoré nos dice en *Galus* pag. 28 que no se conoce ningún dato de algún jurista con este nombre. Apunta la posibilidad de que no existiese y que el "et" entre Aburnius Valens y Tuscianus sea un error y que Tusciano fuese uno de los nombres de Aburnio Valente. En nota (4) de esa misma página, referida a este tema, se dice que existió una familia de Aburni Tusciani, aunque Kunkel opina que el jefe de la escuela no tiene conexión con ella.

Vamos a intentar determinar ahora si el jurista escritor Valente es la misma persona que el Valente que formó parte del consilium de Antonio Pío. Schulz, al darnos cuenta de los cargos desempeñados por Aburnio Valente, - nos dice que probablemente fuese miembro del mismo (24). Crook le sitúa como un probable colaborador regular de Antonio Pío (25.). Honoré apunta - también esta posibilidad, y después de una serie de argumentos que tienden a demostrar la presencia de Juliano en el mismo consilium, apoya su suposición en el hecho de que al ser los fideicomisos una institución imperial, serían frecuentes las consultas que sobre los mismos se dirigiesen al emperador, por lo que también sería lógico que en su consilium hubiese una persona especializada en el tema. Esa persona sería Lucio Fulvio Aburnio Valente, el autor que estamos estudiando.

Reflejaremos ahora el resumen de las fechas que Honoré propone para él:

Nacimiento: entre los años 98 y 103 p.C.

Formación jurídica: entre el 112 y el 122 en la escuela sabiniana, bajo la dirección de Iavoleno.

Carrera pública: Praefectus urbi feriarum latinorum en el año 118; - miembro del consilium de Antonio Pío (26).

Escribió "De Fideicommissis": estaría terminado después del año 151 p.C.

Para fundamentar el por qué él estima que "De Fideicommissis l. VII" estaría terminado después del año 151 nos remite a una nota a pie de página (27) en la que dice "Valens 6 fide. (D. 4.4.33) cita a Juliano 39 dig."; - efectivamente, en D. 4.4.33. se recoge un fragmento del libro VI de "De Fideicommissis" de Valente, y al final del mismo se menciona a Juliano y la opinión que éste dio sobre el caso controvertido, pero sin hacer constar que esta opinión la encuadra Lenel en el libro XXXIX de su Digesto (28) La trascendencia que pueda tener este dato y el por qué recurre a él para justificar esa fecha no aparecería lo largo del apartado dedicado a Valente.

(24). Ver pag. 11, nota (18)

(26). Más completo el recogido por Schulz, que aparece en pag. 11, nota - (18).

(25.) Crook, Consilium Principis Cambridge 1955, pag. 165

(27). Honoré, Julian's circle nota (151), pag. 35.

ni en el resto del artículo. Pero es que Honoré, en su obra ya citada dedicada a Cayo, anterior al artículo donde nos propone esta fecha, realiza un estudio sobre Salvo Juliano, y en él presta especial atención al tiempo - que utilizó en la elaboración de su Digesto (29); trata de determinar, interpretando la expresión "Caesarem Mortuum" que aparece en el libro I del Digesto, a que emperador se puede referir, si Adriano o Antonino Pío, y aunque en principio parece que estima que pudo consensarse bajo Adriano, posteriormente, aún sin excluir plenamente esta posibilidad, adopta como fecha de elaboración la comprendida entre los años 145-159 p.C., correspondientes ambas al imperio de Antonino Pío. Señaladas estas fechas límite, nos dice que Juliano llevó un ritmo de elaboración de 6 libros por año, y por esto creemos que estima que el "De Fideicommissis" de Valente se completó después del año 151, pues al citar el libro 39 del Digesto de Juliano, supone que nuestro autor ya lo conocía, y según el cálculo que hace, 6 libros por año, el 39 del Digesto aparecería entre los años 151 y 152 p.C.

Pero esta argumentación no podemos aceptarla pacíficamente. La fecha de elaboración del Digesto de Juliano es una cuestión muy disputada entre los romanistas que han dedicado su atención a este problema y existen dos posturas netamente definidas, encabezadas y defendidas cada una por prestigiosos autores.

La más antigua, formulada por Fitting en 1.860 y perfeccionada posteriormente en 1.908, es seguida por Mommsen, Buhl, Karlowa, Riccobono, Landucci, Boulard, Girard, Francisci y por Krüger y Kipp en una primera época. Sostienen, con ligeras variaciones en cuanto a las fechas de los libros en particular, que se pueden apreciar dos etapas claramente determinadas en la elaboración de la obra en cuestión, una bajo Adriano y otra bajo Antonino Pío.

La posición contraria está formulada por Appleton que sostiene que el Digesto fue totalmente compuesto bajo Antonino Pío y que fue publicado varios años después del advenimiento de este emperador, probablemente de una

(29). Lenel, Pal., I, 419.

(29). Honoré, Gaius, pag. 47 y ss.

sola vez y después del año 148 p.C.; en todo caso, se elaboró en poco tiempo y antes del año 161 p.C. Esta postura la siguen y mantienen Rabel, Beagler, Denoyes, Levald, Bonfante, Kübler, y también, modificando su anterior posición, Krüger y Kipp. (30) Últimamente ha sido vigorosamente defendida por Guarino, que utilizando los razonamientos de Appleton y sus seguidores y los suyos, argumenta contra la posición de Fitting y a su vez propone como fecha de elaboración del Digesto la comprendida entre los años 138-147 p.C.; comprendidas ambas bajo el reinado de Antonino Pío (31).

Nuestra intención no es entrar a tomar parte en la polémica apuntada; solamente queremos señalar que Honoré, el cual, como hemos visto adopta una postura que se puede encuadrar dentro de la encabezada por Appleton, nos propone una fecha que no pasa de ser, por las bases en que se apoya, una hipótesis discutida y difícil de demostrar, como lo son a su vez las de Guarino, Appleton, Mommsen, Fitting, etc.

La única conclusión clara a que llegamos es que Aburnio Valente escribió su obra después de haber aparecido el libro 39 del Digesto de Juliano que aparece citado en el libro VI de "De Fideicommissis". En qué fecha escribió Juliano el mencionado libro es lo que no sabemos con seguridad, y por tanto tampoco podemos saber con certeza la fecha de aparición de la obra que estudiamos. Pensamos que lo más adecuado en este caso es señalar un período de tiempo dentro del cual sea posible que se produjera este hecho, y creemos no equivocarnos al afirmar, teniendo en cuenta los datos a que hemos hecho referencia, que el "De Fideicommissis lib. VI" de Valente aparecería en el período comprendido entre los años 135 a 150 p.C., en base a los siguientes argumentos:

- Que es muy aventurado pensar, como hacen Appleton y sus seguidores, que una obra tan voluminosa como el Digesto de Juliano (90 libros) requiriese poco tiempo para su elaboración, más teniendo en cuenta que era un hombre de múltiples ocupaciones tanto en el campo de la política como en el de la enseñanza (recuérdese que Pomponio le menciona como jefe de la escuela sabiniana en el fragmento del Enchiridium recogido en D. 1.2.2.53.).

(30) . . . Para una información más detallada de este tema, ver Guarino, - Salvius Julianus. Profili bibliografico, (1945); reimpresión en Laboe (1964), pag. 364-426, y bibliografía allí contenida.

(31). Guarino, Salvius Julianus, cit. en Laboe (1964), page. 403 y ss.

- Que hay que tener en cuenta que la cita de Valente a Juliano aparece en el libro VI de su tratado, y que no hay datos que nos confirmen que la publicación de esta obra se hiciese de una sola vez y que por semejantes circunstancias a las de Juliano es posible también que los distintos libros apareciesen periódicamente.

- Que ninguna de las dos corrientes de opinión sobre la fecha de publicación del Digesto de Juliano aporta datos concluyentes y definitivos sobre la materia y que por lo tanto es lícito mantener una duda razonable sobre esta cuestión.

### 3. Volusio Meciano.

Con Volusio Meciano tendremos menos problemas que con Valente a la hora de su identificación puesto que su vida y sus obras son más conocidas y menos polémicas. Ahora bien, en el momento de determinar la fecha en que escribió su tratado Quaestiones de fideicommissis libri XVI, tendremos que recurrir de nuevo a Honoré, pues de los autores consultados es el único que se plantea en concreto esta cuestión (32). Según este autor, Meciano no nacía más tarde del año 114 p.C.; estima que era, por lo menos, siete años mayor que el emperador Marco Aurelio de quien fue preceptor, y que en el año 169 no tendría menos de 55 años de edad. Además, deduce por los datos que aporta, era más joven que Juliano y Valente, y por lo tanto debió de nacer después del año 103. Concluye afirmando que su fecha de nacimiento, atendiendo a las consideraciones expuestas, hay que situarla entre los años 104 y 114. Su formación jurídica se llevaría a cabo, suponiéndole gran precocidad, entre los años 118 y 133, en el seno de la escuela proculeyana, ya que Honoré, teniendo en cuenta los autores que cita, deduce sin ninguna duda su adscripción a la misma (33). En el año 143 estaría ya ejerciendo -

(32). Honoré, Julian's circle, págs. 38-40.

(33). Sin embargo Orestano en Noviss. Dig. Italiano 10 (1964), 474, en el estudio dedicado a Meciano nos dice que estaba unido por lazos de amistad y de Escuela con Juliano y Vindio Vero; y sabemos que Juliano según nos dice Pomponio en D. 1.2.2.53, fue jefe de la escuela sabiniana. Pero Honoré nos dice que Meciano cita a Juliano como "Julianus Postor" y que de esto no se puede deducir que pertenecía a la escuela sabiniana ya que, para él, Meciano llama "postor" a Juliano, lo mismo que a Vindio Vero, porque eran sus colegas en el consilium imperial.

su función como maestro de derecho del futuro emperador Marco Aurelio, y - la obra sobre fideicomisos la acabaría de escribir después del año 153 - (34).

Este es el cuadro de fechas que Honoré nos propone y ciertamente no presenta grandes diferencias con el admitido por otros autores. No existe razón por la cual no podamos aceptarle como válido (35).

Podemos destacar también que Meciano debió ser un hombre muy respetado en su tiempo en la esfera imperial, y este hecho lo deducimos no solo por haber sido elegido como maestro del futuro emperador Marco sino también - por las referencias que de él se hacen, por ejemplo, en D. 37.14.17, donde es tratado por los emperadores Marco y Vero como "amicus", y aunque este tratamiento posiblemente lo recibiesen todos los miembros del consilium imperial, no todos reciben los elogios que a él hacen: "Divi fratres in haec verba reascripserunt... sed et Volusius Maecianus amicus noster ut et iuris civilis praeter veterem et bene fundatam peritiam anxie diligens religione rescripti nostri ductis sit ut coram nobis adfirmavit non arbitratum se aliter respondere debere" (36).

En cuanto a su carrera pública, nos es plenamente conocida por dos inscripciones descubiertas en Ostia en 1930 (37). Fue praefectus fabrum, praefectus de la cobora I Aelia classica, adiutor del curator operum publicorum, a libellis bajo Adriano y Antonino Pio, praefectus vehiculorum y praefectus y procurator bibliothecarum, a libellis et censibus, pontifex minor, praefectus annonae y alrededor del año 160, praefectus Aegypti; miembro del consilium imperial bajo Pio, Marco y Vero (38).

(34). Lenel, Pal. II, en el índice cronológico de autores y de libros, cols. 1,245-46, nos dice a este respecto: "In fideicommissorum libris Iuliani digestis usque est". En el 153 era emperador Antonino Pio bajo quien con seguridad el Digesto de Juliano se concluyó.

(35) La mayoría de los autores consultados, como decíamos, datan la aparición de esta obra de manera similar. Vid. pe.e. Franca La Rosa, - I peculi speciali in diritto romano, Milano 1953, que, en pag. 28, siguiendo a Krüger, afirma que los libri fideicommissorum de Meciano fueron redactados bajo Antonino Pio. Más adelante, en pag. 30, sostiene que D. 49. 17.18,5 (Mec. 1 fideic) no sobrepasa la época de Marco Aurelio y Lucio Vero, o sea que pertenecen al período que corre entre los años 161 y 169 p.C. Nosotros no vemos contradicción entre ambas afirmaciones dado que entendemos que en la primera fecha apuntada (la

Poco más nos resta por decir, por el momento, de este autor. Además de la obra sobre fideicomisos no le conoce otra sobre Iudicia publica de 14 libros de la que, como la que será objeto de nuestro estudio, se recogen fragmentos en el Digesto justiniano. Escribió también una pequeña obra para el emperador Marco titulada Assis distributis que se conserva casi completa, y también se le atribuye, aunque no esté plenamente comprobado que él fuese el autor, una obra en lengua griega sobre la Lex Rhodia.

No hemos encontrado datos que se refieran a otras obras por él escritas o a él atribuidas. Es posible que se hayan perdido, pero también es lógico pensar que, dada su impresionante carrera pública y su trabajo en el consilium imperial, no tuviese mucho tiempo disponible para dedicarlo a la elaboración y escritura de obras jurídicas.

En cuanto a su muerte, aunque este dato no nos sea relevante, vamos a señalar aquí las dos corrientes de opinión que sobre este punto existen. La más antigua, mantenida entre otros por Fitting, Krüger, Lenel, etc. (39) considera, tomando como base un fragmento de la Historia Augusta, (40) — que debe identificarse al Meciano jurista con un Meciano Juridicus Alexandriae cuando, en el año 175 p.C., tuvo lugar la sedición de Avidio Casio, y que fue condenado a muerte y ejecutado por los soldados por tomar partido a favor de Avidio Casio. Pero por el manuscrito de Ginebra y por las inscripciones descubiertas en Ostia a que antes hemos hecho referencia, (41) se sabe que el Meciano jurista desempeñaba ya en el año 161 p.C. el cargo —

(Continuación nota 35). La señalada por Krüger) se marca por el autor — el mínimo, y en la segunda el máximo límite de años entre los cuales debió aparecer la obra de Meciano.

(36). Ulp. XI ad leg. Iul. et Pap. Lenel, Pal., II, 947.

(37). CIL, XIV, 5.347-5.348.

(38). Coinciden la mayoría de los autores consultados en la carrera pública reseñada. Ver p.e. Schulz, F. op. cit. pag. 106; The Oxford classical dictionary, von Macrianus; Guarino, L'asfrazzi... pag. 216; — Kunkel, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, Weimar (1952), pag. 174. Crook, J. op. cit. pag. 190.

(39). Fitting, Altar und Folge ... Edics. 1860 y 1908. Krüger, Historia - fuentes y literatura del Derecho Romano, Madrid s/f, pag. 168. Lenel, Pal. II, 1246, Index Chronologicus Auctorum et Librorum.

(40). Vita Marci XXV, 4 "Mecianum etiam filium Cassii, qui Alexandria erat commissus, exercitus occidit". Vita Avidii Cassii VII, 4 — "... qui et ipse occisus est. Antonino invicto, ab exercitu cui et Metianus cui erat commissus Alexandria..."

de Praefectus Aeryoti que es de superior rango al de juridicus, dato que - hace muy improbable, casi imposible, el que 14 años después estuviese en el mismo lugar desempeñando un cargo de rango inferior.

Por tanto, parece lógico desestimar el año 175 como fecha en la que acaeció la muerte de Meciano.

#### 4. Sexto Pomponio.

Otro jurista al que vamos a dedicar nuestra atención en este lugar es - Sexto Pomponio, autor, entre otras muchas obras, de De Fideicommissis lib. V.

Su actividad se desarrolla, según nuestras noticias, bajo los imperios - de Adriano, Antonino Pio y Marco Aurelio y Vero (42). No se tienen datos de que ocupase ningún cargo público e incluso es muy probable que no gozase - del ius respondendi, por lo que debió dedicar la mayor parte de su tiempo - a la producción científica y a la enseñanza, hecho que le convierte en uno de los escritores más fecundos de su época -no le calculan más de 300 obras- (43).

En cuanto a la calidad y contenido de sus escritos se aprecian dos puntos, ambas laudatorias, pero discrepantes a la hora de la valoración en conjunto. Una de ellas, sostiene que "en sus escritos revela una profunda cultura jurídica e histórica y que estaba dotado de una fuerte agudeza crítica

(41). Ver nota (37). Papiro de Ginobra, nº 35, en Miscel. Papyru de Geneve, I, 2ª entrega, 1900, págs. 46-47. El papiro de Berlín había ya revelado con anterioridad la prefectura de Meciano, sin fecharla con precisión. (Citado por Girard en La chronologie des ouvrages des juristes romains, Melanges Girard I, nota (3) pag. 325).

(42). Lenel, Pal., II, Index Chr...; Pomponius, S.: Sub Adriano Antonino Pio, Marco et Vero. Krüger, P.: op. cit. pag. 160.

(43). A este respecto es significativo el hecho de que Schulz, cuando en op. cit. págs. 103 y ss. nos ofrece una lista de los juristas que participaron en la administración pública, omite el nombre de Pomponio, es tanto citados, por el contrario, sus contemporáneos A. Valente, S. - Iuliano y V. Meciano. Ver también Ankum Towards a Rehabilitation of Pomponius. Dordrecht. 1974, pag. 1.



e independencia de juicio, siendo sólido en sus construcciones, y que apogó con la lucidez de su pensamiento y la simplicidad de su estilo una notable clarificación en la doctrina de muchas instituciones" (44). Otra estima, por el contrario, que aún no falta de cierta habilidad crítica, es más un compilador que un creador (45). Nuestra opinión no comparte plenamente ninguna de las posturas expuestas, pero está más próxima a la mantenida por Arentano y Arzum ya que creemos que si en su labor creadora no alcanzó ni la profundidad ni la brillantez que su contemporáneo Salvio Juliano ni la de los juristas del siglo III Paulo y Ulpiano, tampoco se le puede considerar por esta razón un mero compilador carente de espíritu crítico y de los conocimientos históricos y jurídicos suficientes para impregnar a su obra de un evidente valor científico.

De su "De Fideicommissis lib. V", no se encuentra referencia cronológica en el Index chr. auc. et lib. de la Palingenesia. Otros autores consultados nos llevan a la conclusión de que la mencionada obra apareció como época más tardía bajo el imperio de Antonino Pio (138-161 p.e.), por lo cual contradice la opinión de Honoré de que Pomponio escribe sobre materias ya tratadas por Gayo. Si "de Fideicommissis" de Pomponio, aún sin fecha fija, está datada bajo el imperio de Antonino Pio, difícilmente su autor podía haber tenido presente en su elaboración una obra que está fechada con posterioridad a la muerte del emperador antes citado. Nosotros, sin entrar a averiguar si el punto de vista de Honoré es correcto o no en lo que se refiere a las otras obras, tenemos que decir claramente que respecto a "De Fideicommissis", no se cumple su apreciación.

Como dato significativo conviene destacar que en la tabla que nos ofrece Honoré con la cronología de las obras de Gayo, (46) donde cuidadosamente

(44) Orestano en Novissimo Digesto Italiano, XIII (1966) pag. 271-272. En el mismo sentido el artículo de Arzum citado en nota (43), con un método basado en la estadística de las citas que efectúan de Pomponio otros juristas y opiniones y decisiones de este autor llega a unas conclusiones parecidas a las de Orestano, al que cita en su trabajo como único defensor de una imagen de Pomponio que le haga salir de la mediocridad en la que generalmente se le sitúa. Sin embargo Ferini en Storia delle Fonti del Diritto Romano e della Giurisprudenza Romana. - Milano 1885, pag. 75 y ss. nos da una visión sobre Pomponio que consideramos muy acertada. Dice textualmente: "Pomponio es menos independiente y original que los otros dos (se refiere a Salvio Juliano y a Celso) pero sin embargo con insigne jurisprudencia. Es especialmente -

va fechando las obras de Pomponio con posterioridad a las de este autor, - no aparece mencionada "De Fideicommissis" de Pomponio; podría justificarse este hecho teniendo en cuenta que es una obra menor en relación con el resto de su producción, pero sin embargo sí que cita de "De Fideicommissis" - de Gayo; si Honoré hubiese tenido la mínima seguridad de que la obra de Pomponio fuese posterior a la de Gayo, indudablemente así lo habría indicado. Al no hacerlo, no solamente deducimos que reconoce la prioridad en el tiempo de la obra de Pomponio, sino que consideramos que en este caso su actitud es poco objetiva al silenciar un dato que contradice en parte su teoría.

En cuanto a la fecha aproximada de aparición del "De fideicommissis lib. V", nos inclinamos a considerar los últimos años del imperio de Antonino - Pio como la más probable. No podemos determinar con certeza si antes o después de "De fideicommissis" de Maciano, pero desde luego creemos que no se diferencian en mucho tiempo. Es posible, y solo lo estimamos como posibilidad, que fuese posterior teniendo en cuenta la distinta posición de ambos; uno, Maciano, integrado completamente en el campo de la administración y de la política; el otro, Pomponio, plenamente dedicado a la enseñanza y a la elaboración científica. La obra de Maciano, podemos considerarla como la manifestación de lo que en las esferas oficiales - recordemos que era miembro del consilium Principis - se pensaba sobre esta materia. La de Pomponio podría ser, si no la réplica, sí la manifestación de lo que a nivel de un jurista plenamente dedicado al estudio de los problemas que se iban planteando, suponía la aplicación de las disposiciones emanadas del consilium imperial en materia de fideicomisos.

##### 5. Gaya.

Continuando con el orden que nos hemos propuesto corresponde ahora que nos detengamos en el jurista Gaya como autor de dos obras dedicadas al tema

(continuación 44). benemerito en la Historia de Derecho, no solo por haber intentado escribir un compendio de las vicisitudes del derecho en Roma. ..., sino también por haber estudiado, compendiado, elaborado todo cuando la Jurisprudencia, especialmente de la era imperial - había producido hasta su tiempo etc."

(45) Esta es la mantenida por la generalidad de los autores. Una detallada relación en Ankus, art. cit. pag. 12 nota 3.

de nuestro estudio. De Fideicommissis libri II, y De tacitis fideicommissis liber singularis (47).

La personalidad del jurista Gayo es posiblemente de las más debatidas entre los romanistas de los últimos siglos. Existe una copiosa bibliografía dedicada a su persona y a su obra; (48) se han suscitado polémicas sobre su origen, provincialidad, nombre, finalidad escolástica de sus obras etc., e incluso se ha llegado a hablar como término corriente del "enigma gayano". Pero la especulación sobre su persona no se ha detenido. Franco Canavola nos dice sobre este tema que "después de 150 años del descubrimiento del palimpsesto de Verona, la cuestión gayana sigue siendo una cuestión abierta, y a pesar de una importante bibliografía especializada, constituirá siempre una encrucijada inevitable (e inabordable) de toda investigación agnoscitiva" (49).

Consideramos que no es este el lugar adecuado para tratar minuciosamente asuntos referidos a la personalidad y vida de Gayo porque ese no es el objeto de nuestro trabajo. Intentaremos, eso sí, determinar con la máxima precisión posible la fecha en que hicieron aparición sus dos obras sobre fideicomisos antes mencionadas. Y para conseguir esto, como primera medida es necesario que le situemos en el tiempo (50).

Se desconoce, dijimos antes, su fecha de nacimiento, pero se supone que ya vivía bajo Adriano en base a que en D. 34.5.7. p.C. puede leerse: "namque quidem antea Sarcina Alexandrina mulier ad divum Hadrianum perducta est". (51).

(46). Honoré Gaius pag. 67.

(47). Lenel, Pal., I, 237 y 261.

(48). Ver Honoré Gaius y bibliografía por él recogida. Guarino, A.: L'espérance delle fonti del diritto romano. Napoli 1968, nota (41) en pag. 216 y ss.

(49). Canavola, Gaius nel suo tempo en Labos 12 (1966) pag. 7.

(50). Honoré, en Gaius, cit. nos propone una biografía completa del autor. Nosotros no la adoptamos pues ello supondría, en cierto modo, tomar postura en la polémica gayana, lo cual no entra en el propósito de nuestro trabajo. Utilizaremos de ella nada más que los datos necesarios para determinar nuestro objetivo.

(51). Gayo, I de fideicommissis; Lenel, Pal., I, 238.

Debió ser contemporáneo de Africano, Pomponio y también de Aburnio Valente el Jurista, y su muerte no acontecería antes de la época de Comodo (180-192 p.C.), pues la última obra suya que conocemos es un comentario al S.C. Orfitianum al cual data del año 178 p.C. (52).

En cuanto a la cronología de sus trabajos, Honoré, en su obra tantas veces mencionada, dedica un capítulo a esta cuestión (53). Realiza la labor — llevando a cabo paralelamente la datación de las obras de Salvio Juliano — (fundamentalmente el Digesto) y de Pomponio, tratando de demostrar, como anteriormente dijimos, (54) con sus argumentos y con las fechas que propone — que la opinión de considerar a Gayo como un imitador de Pomponio no es aceptada, pues lo que en realidad acontece es que Pomponio escribió obras sobre las mismas materias que Gayo, pero posteriormente y mas extensas (sobre este asunto ya dimos nuestra opinión al tratar de Pomponio). (55).

Una vez aclarado este punto continua con la datación de las obras gayanas y estima que la revisión final de De fideicommissis libri II y de De tacitis fideicommissis liber singularis se realizaría del año 160 en adelante. De fideicommissis libri II, en su opinión, se terminó después de la muerte de Antonino Pio, (56) pues contiene tres referencias al "Divus Antoninus" (D. 32.96; D. 35.1.90; D. 36.1.65.5.) (57). Del libro único De tacitis fideicommissis dice que muy probablemente sea un apéndice de los dos anteriores, (58) y que, en general, el estudio sobre fideicommissa, debió ser suplementario al estudio del Edicto (él asigna como fecha de terminación

(52). Para este apunte biográfico general hemos seguido principalmente al — propuesto por Guarino, que aparece en la obra anteriormente citada — pag. 217.

(53). Honoré, Gaius, pag. 46 a 69.

(54). Ver pag. 22

(55). Vid. pag. 22 — 23.

(56). Aquí coincide Honoré con lo que Lenel nos dice en Pal., II, 1246, Index Chr. auctorum et librorum: Gaius, De fideicommissis: "conserv. — post Antonini Pii exitum" y en Pal., I, nota (1) col. 237, conserv. — post mortem Antonini Pii.

(57). Lenel, Pal., I, cols. 239, 238, 239.

(58). Guarino, en op. cit. pag. 219-20, al referirse a esta obra estima — que es lícito dudar de la genuinidad de la misma. Schulz, en op. cit. pag. 146, hace notar que De tacitis fideicommissis es una de las — obras de las que el Digesto Justiniano contiene fragmentos, pero que no aparece mencionada en el Index de material utilizado.

de los XXX libros del Edicto Provincial una comprendida entre los años - 155 y 160 p.C.).

No podemos desconocer en este punto las críticas que ha suscitado la obra de Honoré. Seleccionamos por su claridad la que Kaser efectuó en el simposium romanístico internacional de Nápoles en 1965. Dice de ella que - sobre el conocido texto de Pomponio que habla de "Gaius Honoré" (D.45.3.39) Honoré ha construido un edificio entero de hipótesis sobre los erigones y la posición de Gayo, erigiendo una pirámide entera sobre el vértice; confiesa que no tiene confianza en la autenticidad del texto, y piensa que - la mayoría de los romanistas comparten ese escepticismo (59).

De esta afirmación, como se puede deducir, la obra de Honoré no sale bien parada. Pero el mismo Kaser, y en el mismo lugar donde realiza la crítica antedicha acepta como posiblemente válida una de las conclusiones a las que Honoré llega -Honoré ha calificado a Gayo como un hombre con - complejo de inferioridad. Quizá tenga razón- son sus palabras. (60).

Nosotros aceptamos también, aún admitiendo la posibilidad de error, - las fechas que nos propone, pues el estudio que realiza para determinarlas, aparte las afirmaciones y conclusiones sobre su escolasticidad, provincialidad o no, paralelismo con Pomponio, etc., nos parece serio.

#### 6. Julio Paulo y Domicio Ulpiano.

Julio Paulo es otro de los juristas de los que no se sabe ni el lugar - ni la fecha de su nacimiento y de su muerte; del resto de su vida, por el contrario, aunque no muy precisos, no nos faltan datos.

Fue discípulo de Cervidio Escóvola y su actividad jurídica comienza con el ejercicio de la abogacía; asesoró a Papiniano cuando éste fue Præfectus prætorio de lo que tenemos una prueba en D. 12.1.40 que recoge un fragmento

(59). Kaser M.: La classicità di Gaius, en Gaius nel suo tempo, Atti del sim-  
posio romanistico, Nápoles 1966.

(60). Kaser, op. cit. pag. 46.

del libro III de las Quaestiones de Paulo (61) donde se relata un problema que se planteó en el consultorio del jurista y praefectus praetorio Papiniano y del que se deduce que nuestro autor estaba presente y que dió su opinión respecto a la cuestión planteada. Desempeñó el cargo de praetor perpetuo y fue miembro del consilium imperial en tiempos de Septimio Severo y Caracalla. Durante el imperio de Helio Gabalo tuvo que abandonar Roma destituido por el emperador (218-222 p.C.); pero, nuestro éste, fue inmediatamente llamado por Alejandro Severo que le nombró praefectus praetoria, cargo - que muy probablemente compartió con su colega Ulpiano (62).

Su producción jurídica es impresionante, y aunque, como dice Orestano - "su estilo no es siempre claro y elegante, se le debe considerar por la calidad y la cantidad de sus escritos entre las figuras más eminentes de la jurisprudencia clásica" y "está entre los más fecundos escritores que la historia y la jurisprudencia romana recuerda" (63).

De todos sus trabajos destacaremos las que para nuestra investigación tienen interés y nos encontramos con que Paulo es autor de una obra en tres libros sobre fideicomisos y de un libro único dedicado a los fideicomisos tácitos (64).

Intentaremos fechar estas dos obras, menores, por otra parte, al lado de la muy considerable producción Pauliana de la que destacamos, a modo de ejemplo, sus comentarios al Edicto en 78 libros, el tratado de ius civile en 16 libros ad Sabinum, 25 libros de Quaestiones, 23 libros de Responsa, 6 libros de Regulae, y así se podría continuar hasta completar la cita de 86 escritos, distribuidos en 319 libros que se le atribuyen. Pero en esta ocasión no nos es imprescindible señalar un año en concreto, pues al tratar se de Paulo, cuya vida se desarrolla con posterioridad a la de los autores

(61). Lenel, Pal., I, 1186-1187. Costa E. Paniniann, Bologna 1894, I, p.8.

(62). Para este apunte biográfico hemos consultado entre otros: Schulz, F. op. cit. pag. 107; Guarino, L'insignia ... pag. 231-234; Orestano, R. von Paolo, en Revue. Dig. Ital. 12 (1965), page. 362-363; Krüger, Historia. Fuentes ..., pag. 189.

(63). Orestano, art. cit. en nota (62).

(64). Lenel, Pal., I, 1099-1102; Pal., I, 1.300.

estudiados anteriormente, lo que nos interesa saber es si las obras en cuestión aparecieron antes o después que la que Ulpiano, su contemporáneo, escribió sobre el mismo tema, ya que al ser los dos últimos autores clásicos que conocemos con monografías dedicadas a fideicomisos, con saber este dato nos es suficiente.

Lenel nos dice resp ecto a De fideicommissis libri III, que "incertum est quando Paulus hos libros conscripsit", (65) y nos remite al fragmento 874, col. 1.102 de la Palingenesia donde se recoge una constitución de Septimio Severo y Antonino Caracalla mencionada en C. 7.7.1. § 1. que dice: "Sed et alia constitutio divorum Severi et Antonini principum rescripta est... secundum ea quae et Ulpianus libro sexta fideicommissorum et Paulus libro tertio fideicommissorum refert..." de la que se puede apreciar que en la época de Caracalla ya eran conocidas las dos obras sobre fideicomisos escritas por Paulo y Ulpiano.

La consulta del Index chronologicus auctorum et librorum contenido en la Palingenesia y del que ya hemos hecho referencia con anterioridad, nos aclara más la cuestión puesto que, parece deducirse, por lo que a continuación expondremos, que Lenel se inclina por considerar anterior la obra de Paulo a la de Ulpiano; y esta afirmación la basamos en los siguientes argumentos:

- Al tratar de Paulo dice: "Sub Commodo (?), Septimio Severo, Caracalla, Macrobio, Alexandro Severo".
- Al tratar de Ulpiano, dice: "Sub Septimio Severo et eius successoribus - interfectus p. Ch. 228".

De esta primera comparación estimamos que Lenel, aunque no con toda seguridad como demuestra la interrogación situada detrás de Commodo (180-192 p.C.), considera que Paulo, o había nacido antes de Ulpiano, o empezó a ser conocido como jurista y hombre público antes que él, ya que, al referirse a este último le sitúa sin ninguna duda "sub Septimio Severo" como -

---

(65). Lenel, Pal., I, nota (1), col. 1.099

primer emperador bajo el que nos llegan datos de su actividad.

Al datar las obras de ambos, y particularmente las dedicadas a fideicomisos, también podemos apreciar diferencias dignas de tenerse en cuenta, - aunque también caracterizadas por la duda, como vuelve a señalar el signo de interrogación.

- En Paulo dice: Fideicommissorum l., "non ante Severi et Caracallae imperium consecr.".

- En Ulpiano dice: De fideicommissis l., "consecr. sub Caracalla".

Entendemos, en primer lugar, que cuando Lenel dice "non ante Severi...", se refiera a Septimio Severo (193-211 p.C.) y no a Alejandro Severo (222-235 p.C.), pues si fuese a este último lógicamente diría "non ante Caracallae, Elagabali et Severi..." siguiendo el orden cronológico en el que se sucedieron los citados emperadores.

Por lo demás, en este segundo examen las conclusiones son similares a las del primero. Para "de fideicommissis" de Paulo, Lenel apunta la posibilidad de que fuese escrito en tiempos de Septimio Severo; la obra de Ulpiano no la data con toda seguridad bajo el imperio de Caracalla.

Por otra parte, es opinión general que tanto los tres libros sobre fideicomisos de Paulo, como los seis de Ulpiano tienen el carácter de complemento de otras obras más importantes por ellos escritas, (66.) como los comentarios al edicto y los tratados ad Sabinum. Si acudimos al Index Chr. - auctororum et librorum de la Palingenesia observamos lo siguiente:

- Paulus	Ad Edictum: consecr. ante Septimii Severi imperii diem?
	Ad Sabinum: consecr. sub Septimio Severo.
- Ulpianus	Ad Edictum
	Ad Sabinum   consecr. sub Caracalla.

(66.). Es opinión generalizada. por todos, ver Krüger, P.: op. cit. pag. - 193 y 203.



y de esta comparación también se puede extraer la conclusión de que la obra de Paulo que nos ocupa es anterior a la de Ulpiano.

Ad Edictum de Paulo, es posible —y esta posibilidad aparece otra vez señalada con el signo de interrogación— que se comenzara a escribir en tiempos de Comodo, (67) y es también por tanto muy posible que sus obras complementarias estuviesen terminadas bajo el imperio de Septimio Severo. Por el contrario, los comentarios al edicto y el tratado ad Sabinum de Ulpiano no están datados, sin dudar, bajo el imperio de Caracalla por lo que sus obras complementarias habrá que fecharlas también bajo este emperador; posteriormente, no, porque también es opinión generalizada (68) que la mayor parte de la producción jurídica de Ulpiano debe situarse en la época en que Caracalla fue emperador, ya que, posteriormente fue completamente absorbido por la tarea pública, sin disponer de tiempo para la elaboración científica.

En cuanto a De tacitis fideicommissis liber singularis, parece que fue elaborada inmediatamente después del comentario al Edicto, pues la generalidad de los autores opinan que los apéndices que era costumbre añadir al comentario al edicto en los Digesta, dieron a Paulo materia para un gran número de monografías, entre las que sitúa este trabajo que estamos tratando.

Concluimos pues este estudio admitiendo que las dos monografías de Paulo, De fideicommissis libri III, y de tacitis fideicommissis liber singularis, sean anteriores a la de Ulpiano De fideicommissis libri VI, con lo que además consideramos también concluido el estudio sobre Ulpiano, ya que como hemos repetido en varias ocasiones, la finalidad de estas pequeñas —prospecciones biográficas es determinar la fecha en que se escribieron las diferentes obras sobre fideicomisos que van a ser objeto de nuestro estudio.

(67). De esta misma opinión es Krüger, quien en op. cit. pag. 192, dice: — "El comentario al edicto parece haber sido compuesto en parte bajo Comodo, siendo difícil remontarlo hasta el reinado de Severo".

(68). Ver Lenel, Pal., II, Index Chronologicus auctorum et librorum, col. 1,248. Krüger, P., op. cit. pag. 199; Guarino, L'aggiornamento... pag. 234.

## 7. Conclusión.

Una vez terminado el análisis y exposición de este problema, extraemos como conclusiones las siguientes:

- Las monografías de los cuatro autores del siglo II se diferencian entre sí en muy poco tiempo. Podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que en un período de 20 años pudieron hacer aparición estos trabajos. Este dato nos hace pensar, lógicamente, que los autores conocían las obras sobre el mismo tema aparecidas antes que las suyas.

- Que nos es prácticamente imposible señalar con certeza una fecha determinada de aparición de estas obras, pues todos los datos y noticias que hemos podido recoger lo más que nos permiten es indicar períodos de tiempo en los cuales es muy posible que los mencionados trabajos se publicasen.

- Que, no obstante lo anteriormente dicho, creemos poder señalar un orden cronológico aproximado de publicación de las monografías sobre fideicomisos. Este sería como sigue:

De fideicommissis libri VII, Aburnio Valente, del año 135 al año 150 - p.C.

Quaestiones de fideicommissis libri XVI, Volusio Meciano, del año 151 p.C. en adelante.

De fideicommissis libri V, Pomponio, con posterioridad a la aparición de la obra de Meciano y antes que la de Gayo.

De fideicommissis libri II, y De tacitis fideicommissis liber singularis, Gayo, del año 160 p.C. en adelante.

De fideicommissis libri III y De tacitis fideicommissis liber singularis, Paulo, con anterioridad a la aparición de De fideicommissis libri VI de Ulpiano.

- Que es evidente que hubo un período en la historia del derecho romano - en el cual el tema de los fideicomisos fue generalmente tratado por la

mayoría de los autores (Africano, Iavoleno, Juliano, Licinio Rufino, Marciano, Marciano, Modestino, Papiniano, Cervidio Escóvola, etc.), y particularmente estudiado por éstos a los que prestamos atención. Y que evidentemente, este interés que la institución despertó en la clase jurídica, debe responder a una utilización generalizada del fideicomiso por parte del ciudadano romano, lo que traería como consecuencia no pocos problemas prácticos que el jurista romano, no solo a niveles oficiales si no también particulares trató de resolver.

### III. EL DESARROLLO HISTÓRICO DEL FIDEICOMISO.

#### 8. El origen del fideicomiso.

Históricamente la figura del fideicomiso es posterior a la del legado. Por supuesto, nos estamos refiriendo al fideicomiso en su desarrollo normal, puesto que como encargo fiduciario es casi opinión común (1), que una primera forma de fideicomiso se podría encontrar en la primitiva mancipatio familiae de la que ya nos habla Gayo (2) antes de que ésta, con el tiempo, evolucione en el testamentum per aes et libram en el que la mancipatio familiae era solo un recuerdo histórico (3).

Si observamos los mecanismos por los que se regía la mancipatio familiae, vemos que son, como los del fideicomiso, puramente fiduciarios. El ciudadano que utilizaba este procedimiento, transfería su patrimonio a un amigo (4) al cual encomendaba, encargaba, que a su muerte les diese un destino determinado. Bien dice Gayo (5) numqua rogabat, pues efectivamente el que mancipaba su patrimonio a otra persona solo podía rogar, pedir, que éste cumpliera con lo que le había encomendado para después de -

(1) Grosso, I. legati, Torino 1962, pag. 14 y M. Milone, Il fideicomesso romano nel suo storico svolgimento, Napoli 1896, pag. 1 a 9 y bibliografía por él citada. Ferrini, Teoria generale dei legati e dei fideicommissi, Milán 1889 (reimpresión Roma 1976), pag. 33. Guq, Manuel des institutions juridiques des romains, Paris 1928, pag. 791, Fadda, Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, Milán 1949, pag. 33 y 34, y en su memoria Dall'origine dei legati en Studi giuridici e storici publicado por l'VII Centenario Univ. Bologna.

(2) Gayo II, 108. Sains-Esquerre Foces, en La regola Catoniana y la inoponibilidad de convalidación de los actos jurídicos nulos, La Laguna - 1976, pag. 23, afirma que Gayo aquí se refiere a la segunda época del testamento mancipatorio. No entramos en polémica sobre este punto pues tanto si se refiere a la primera época como a la segunda, según señala Sains-Esquerre, la mancipatio familiae es el antecedente más remoto con todas las salvaduras, que encontramos del fideicomiso.

(3) Gayo II, 103.

(4) No nos son desconocidas las diferentes posturas en torno al alogu de esta transferencia. Las que defienden que efectivamente se transmite el patrimonio al accipiens (emptor familiae) y las que, por el contrario, sostienen que no se producía una transmisión efectiva. En esta segunda posición debemos señalar el artículo de Levy-Bruhl, Nature de la mancipatio familiae, Festschrift Fritz Schulz, erster band, Weimar 1951, pag. 253-262, en el que llega a la conclusión, después de una interesante argumentación, de que ni el mancipio accipiens adquiere la propiedad del patrimonio del difunto, ni la mancipatio familiae

su muerte. No había ninguna forma de obligarle jurídicamente a realizar la voluntad del causante. En esta época hace notar Milone (6) que al ser la mancipatio familiae un negocio de naturaleza contractual, ni es posible atribuirle eficacia a favor de terceros, ni tampoco le es aplicable el principio qui namque facit mancipiumque, uti lingua nuncupavit, ita ius agat, principio eficaz entre las partes contratantes, que en ningún caso se podría extender a los terceros.

Supuesto esto, la única eficacia que el encargo tenía, estaba basada en la fe, en la confianza que el mancipante pudiese tener en el amigo con el que celebraba el negocio y en la fuerza que entre los romanos tuvo siempre esta obligación moral.

Como se ve, la base es muy similar a la del fideicomiso y por ello no es extraño que se trate de encontrar, de conectar estas dos figuras, aunque en las fuentes no haya datos suficientes para ello.

Una vez asentado el testamentum per aes et libram, con el consiguiente y pleno desarrollo de los legados (7), no por ello desaparecieron las causas que habían justificado la existencia de un instituto como el fideicomiso. La finalidad que con él se pretende alcanzar es, como toda innovación llevada a cabo por los juristas romanos, eminentemente práctica: salvar las deficiencias que se apreciaban en los legados y evitar el rigor formal y las exigencias que llevaba consigo la aplicación de las disposiciones entre los mismos.

(Continuación 4) es un verdadero testamento. El autor, al hablarnos de la naturaleza de la mancipatio familiae se refiere a una fideiucia cum amico (pag. 260 y 262), lo que nos hace ver la actuación de estos mecanismos fiduciarios en los que sostenemos se fundó el fideicomiso.

(5). Gayo II, 102

(6). Op. cit. pag. 7 y ss.

(7). Hemos de hacer aquí mención a la tesis mantenida por Fadda, en las obras citadas anteriormente, referente a la aparición de los legados. Mantiene este autor que el legado verdaderamente eficaz surge con el testamento privado y no antes. No es tema sobre el que vayamos a tratar, pero rosa con el nuestro en cuanto mantiene también el carácter fiduciario inherente a la mancipatio familiae.

¿Cuáles son las deficiencias, rigores y exigencias que se pretenden evitar? Son de carácter variado:

En primer lugar, utilizando este medio, el ciudadano romano podía tener la seguridad -toda la seguridad que el cumplimiento de los encargos a la fides, al honor, de un amigo podía proporcionarle- de que sus bienes después de su muerte iban a llegar a las manos de la persona por él deseada, aunque tal persona, a tenor de las normas del ius civile, no pudiese recibirlo por carecer de la testamenti factio pasiva; éste es el caso, por ejemplo, de los peregrinos, o el de las mujeres, que por la Lex Voconia no podían ser instituidas herederas de aquel que figurase en el censo con una fortuna superior a determinada cantidad. De los casos citados nos habla -- Gayo (8), quien llega a decir que el origen de los fideicomisos puede verse en que quizás fuese el medio para que los peregrinos pudiesen adquirir algo mortis causa de un ciudadano romano: "Ut ante peregrini poterant fidei commissa capere, si fera haec fuit origo fideicommissorum".

Si bien admitimos que estos supuestos pudieron haber sido los primitivos a los que se aplicó el fideicomiso, a medida que fueron apareciendo otras -incapacidades, u otros casos, el sentido práctico de los romanos fue ampliar la aplicación del fideicomiso a esas situaciones (9).

Además de estas situaciones citadas, podríamos traer a colación otras muchas relacionadas con las múltiples diferencias existentes entre uno y otro instituto, diferencias que vienen recogidas en las fuentes y que de modo especial fueron destacadas por Gayo, que nos las ofrece, tal como habían llegado a su época, en la relación que a continuación exponemos:

- El fideicomiso se puede dejar sin institución de heredero, mientras que - el legado, si no existe una previa institución de heredero, no tiene valor (10).

(8). Gayo II, 285, 274.

(9). Así lo admite Milone, en op. cit. pags. 11 y 12. Ver tb. bibliografía citada por él en nota (6), pag. 12.

(10). Gayo II, 269. Vid. desarrollo de este punto nota (13) pgs. 142y ss.

- El que va a morir sin testamento, puede dejar un fideicomiso en favor de tercero por medio del que tiene derecho a sucederle, mientras que así - no puede hacer un legado (11).
- El legado que se deja en un codicilo, no vale si el codicilo no fue con firmado en el testamento; pero el fideicomiso puede dejarse incluso en - un codicilo sin confirmar (12).
- No se puede hacer un legado por mediación de un legatario, pero sí un fi deicomiso; y también podemos dejar un fideicomiso por mediación de un fi deicomisario (13).
- No se puede dar la libertad a un esclavo ajeno directamente, y sí por fi deicomiso (14).
- Aunque el codicilo esté confirmado, no se puede ser instituido heredero en él, ni ser desheredado; en cambio, en un codicilo, aunque no esté con firmado, se puede encomendar a un heredero instituido en el testamento que restituya todo o parte de la herencia a otra persona (15).
- Los Latini Juniani, que no pueden adquirir nada directamente como herede ros o legatarios, pueden adquirir por fideicomiso (16).
- También, aunque un senadoconsulto prohíbe que se de la libertad y se - instituya heredero a un esclavo del testador menor de 30 años, se admite generalmente la disposición de que se haga libre al cumplir los 30 años y que entonces se le restituya la herencia (17).

---

(11) Gayo II, 270\*

(12) Gayo II, 270\*

(13) Gayo II, 271

(14) Gayo II, 272

(15) Gayo II, 273

(16) Gayo II, 275, y I, 23 y 24

(17) Gayo II, 276

- Tampoco se puede nombrar un substituto para cuando muere el que ha llegado a ser heredero y si es posible en cambio, encomendarle que a su muerte restituya a otro toda la herencia o parte de ella (fideicomiso universal, de herencia o de residuo) (18').
- Además, los legados se reclamaban por el procedimiento formulario; los fideicomisos, cuando se pudo, por vía extraordinaria (19).
- Para los fideicomisos, la jurisdicción se ejercía en Roma, en cualquier tiempo, mientras que para los legados había de sujetarse al calendario judicial (20).
- Cuando hay mora en el pago de los fideicomisos se deben pagar los intereses y frutos; en el legado no hay intereses (21').
- Los legados no se podían redactar en griego, los fideicomisos sí (22).
- Cuando el heredero se negaba a cumplir el legado per damnationem, la acción contra él crecía al doble, mientras que la reclamación por vía extraordinaria que correspondía al fideicomiso, era siempre al simple (23).
- Lo que por error se pagaba de más en el fideicomiso, se podía repetir, y sin embargo no podía repetirse lo que por falsa causa se pagaba de más en el legado per damnationem (24).
- Los solteros, que por la Lex Julia no podían adquirir la herencia y los legados, se admitió que pudieran adquirir por fideicomiso. Y también podían adquirir por fideicomiso los que no tenían hijos (25).

---

(18). Gayo II, 277

(19). Gayo II, 278

(20). Gayo II, 279

(21). Gayo II, 280

(22). Gayo II, 281

(23). Gayo II, 282

(24). Gayo II, 283

(25). Gayo II, 286, y 286°.



- También se podían dejar fideicomisos en favor de una persona incierta o de un póstumo ajeno, y, sin embargo, no se les podía instituir herederos ni legatarios (26).

Los requisitos más significativos del primitivo fideicomiso fueron recogidos en las Instituciones de Justiniano II, 23, 1 y vamos a analizarlos brevemente:

"Sciendum itaque est omnia fideicommissa prius temporis infirma esse, quia nemo invitus coarctatur prestare id, de quo rogatus erat".

- Como vimos al principio, en los primeros tiempos los fideicomisos carecían de fuerza para obligar, puesto que estaban basados en un ruego, es un encargo carente de todo poder coercitivo.

"Quibus enim non poterant hereditatis vel legatis relinquere, si relinquere, si relinquerent, fidei committerent eorum, qui curare esse testamentum poterant".

- Se confiaba a la fe de personas capaces de recibir por testamento; se da fe a la de la persona que se había instituido heredero, o a la que se había dejado un legado, o había recibido algo del causante; y a esta persona se le encomendaba que todo, parte o alguna cosa concreta de las que había recibido la transmitiera a la persona deseada por el testador.

Es, como se ve, un modo indirecto. El causante se vale de una persona intermedia para dar exacto cumplimiento a su voluntad. Subjetivamente en el fideicomiso intervienen: El testador, causante o persona que encomienda, que encarga (fidei-comitente); el intermediario, heredero, legatario o quien haya recibido algo del causante, persona a quien se hace el encargo (fiduciario); y la persona que va a recibir el bien de que se trate.

(26). Gajo II, 287. Con muy pocas variaciones estas diferencias están también recogidas en el Edictum de Gajo, 2.7, 8 y en las Regulas de Ulpiano, XXV, 7-12.

del causante, la persona beneficiada (fideicomisario) (27).

Pero así como para efectuar la institución de heredero o para nombrar - algún legatario, el causante tenía que amoldarse a ciertas fórmulas solemnes, para encomendar un fideicomiso, no tenía que atenerse a ninguna formalidad especial, sino solamente emplear las palabras adecuadas de las que - pudiera deducirse claramente su voluntad. Incluso estaba admitido dejar, - disponer fideicomisos por medio de gestos (28).

Las palabras más utilizadas están recogidas en varios textos y aquí enpondremos algunas de ellas: Gayo (29) y Ulpiano (30), hablan de Fidei, Rogatio, Voluntas (31). Fideicommissum; Paulo (32) señala Mandatum, Delegatio, Iniunctio, Destinatio. En los fideicomisos redactados en griego, la fórmula más usual era - el Εὐχρησμός.

En todo caso ha de destacarse que Paulo, en el mismo lugar antes citado, recoge también el término Imperium palabra que más que ruego es mandato, lo que ha sido interpretado por Ferrini, (33) en nuestra opinión acertadamente, en el sentido de que en los tiempos de Paulo se había ya comenzado a perder

(27). Independientemente de que volvamos a ello al tratar en concreto de - los temas de capacidad cuando analicemos el contenido de las monografías, un estudio interesante y completo sobre los sujetos intervinientes en el fideicomiso hace Ferrini en op. cit. págs. 74 y 75 (fideicomitente), 77 a 89 (fiduciario), y 130 y ss. fideicomisario. En cuanto a la terminología utilizada en la época clásica con relación al fideicomiso, Schulz, en Derecho Romano Clásico, Barcelona 1960, pag. - 301, parágrafo 550, nos dice: El beneficiario fue llamado fideicommissarius. Fideicommittere alicui, en favor de alguien, no es clásica. El fiduciario fue designado como is cuius fidei (dativo) committitur o is a quo fideicommissum relatum est. Pero fideicommittere alicui, encargar algo a alguien, no es probablemente clásica. La palabra fiduciarius no es (como erróneamente se ha creído) un término clásico para designar al depositario de la confianza del testador. Solo en pocos - textos hallamos la expresión heres fiduciarius. Vid. Arias Ramos, Derecho Romano II, 1.ª ed. Madrid 1979, nota (760) pag. 809 en cuanto a la denominación con las expresiones curator y procurator de la persona a quien se encomendaba el encargo.

(28). Se puede comprobar en D. 32.21. pr.; Epit. Ulp. XIV, 3, y C. 6.42.22

(29). Gayo II, 249

(30). Ulpiano, IV, 2. Ulpiano también nos dice que es fideicomiso el que se hace en estos términos: "cupio des", "opto des" y "credito te daturum" (Vid. D. 30, 115, Ulp. 2 Inst.)

el sentido riguroso del lenguaje jurídico.

Pero los legados y fideicomisos presentan asimismo notables diferencias sustanciales.

El contenido de los fideicomisos era amplísimo, pudiendo llegar a transmitir cosas singulares e patrimonios enteros o cuotas partes de él; cosas del testador, del heredero o de cualquier otro fiduciario; cosas ajenas e incluso hechos, conductas, actitudes del fiduciario, (34) como el que se recogido en D. 30. 108, 15 (35) en el que el objeto del fideicomiso es un préstamo a bajo interés, que Africano declara eficaz en su totalidad. También podía ser objeto de un fideicomiso la organización de una fundación (36) o la construcción o el mantenimiento de un sepulcro, (37) etc.

En general, se puede decir que el objeto de un fideicomiso no era siempre restituir alguna cosa a alguien; podía ser no enajenar un bien determinado, conservar lo que quede de una herencia, (38) etc.

(31). En relación con esta palabra, Schulz, *Der römische Gläubiger*, pag. 307, parágrafo 559, dice: "El postclásico *Enitome Uniani* (24, 1; 25, 2) afirma que el *fideicomissum* debe ser dispuesto *procativa* *pro* *pro*, lo cual no es exacto, porque la palabra *pro* permitida en un fideicomiso (Cayo 2, 249), no es ciertamente un *verbum procativum*."

(32). Paulo Sent. 4.1.6. Ferrini, en op. cit., pag. 35 y ss., nos ofrece un panorama completo de las expresiones utilizadas que trasciende de las *maxime in usu*, por nosotros recogidas.

(33). Ferrini, op. cit., pag. 35.

(34). Ferrini, op. cit., pag. 38.

(35). Africano 5 cuestiones.

(36). Le Bras, *Les fondations privées du Haut Empire*, en *Studi Riccobaldi* no III Reimpresión de la ed. de Palermo 1936, Scientia 1974, pag. 59; referido por supuesto a la época de la que trata y al fideicomiso de familia: "Une institution se forme dans notre période qui semblait répondre au besoin d'assurer sans intermédiaire de longs descendance: le fideicomis de famille".

(37). Declareuil, *Quelques notes sur certains types de fideicomis*, en *Mélanges Gerardin*, Paris 1907, pag. 150. En nota (2) de esta misma pag., Declareuil cita las siguientes inscripciones en las que fundamenta su afirmación: C.I.L. VI, 9485, 10915 y 22083.

(38). Vid. Lemerrier, *Quelques remarques sur les origines du fideicomis d'hérédité à l'époque classique*, en *Revue Historique du Droit*

Gayo (39) nos hace una enumeración de las cosas que se pueden dejar por fideicomiso: cosas particulares como un fundo, un esclavo, un vestido; pertenecientes no solo al testador, sino también del legatario o a cualquier otra persona; también puede utilizarse para manumitir a un esclavo, ya sea propio del causante, del heredero, del legatario o de un extraño.

#### 9. Protección Jurídica a los fideicomisos. Sus comienzos.

Pese a las ventajas, sucinta y esquemáticamente expuestas, que implicaba el fideicomiso, presentaba éste una importante desventaja frente al legado: el legatario podía reclamar del heredero el cumplimiento del legado; el fideicomisario, como tantas veces venimos repitiendo, carecía en principio de toda clase de acción para poder exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso; si éste se negaba a dar satisfacción al encargo que le habían encomendado, el fideicomisario se veía privado de recibir los beneficios que el causante deseaba le llegasen, careciendo en consecuencia de medios jurídicos para exigir su cumplimiento. El fiduciario, alo más, recibiría una descalificación moral por no haber llevado a cabo un encargo encomendado a la fides a la que tan afectos eran los romanos, pero nada ni nadie podía obligarle al cumplimiento del mismo.

Pero esta situación cambió en tiempos de Augusto como lo vemos reflejado en I. 2. 23.1 y 2. 25 pr. (40).

---

(Continuación nota 33). Francois et Etranger, (1935), page. 442, donde en nota (2), se remite a D. 30.114, 15 y D. 32. 3, pr. para el fideicomiso de no enajenar un bien determinado; y a D. 36. 1. 56 y 36. 1. 60, 8, para el de conservar lo que queda de la herencia. En el mismo lugar nos dice que verosimilmente esta solución no era admitida todavía en la época de Cervidio Scaevola, quien considera que la prohibición hecha por una madre, a sus hijos instituidos herederos, de enajenar fundos, no constituye un fideicomiso, aunque esté acompañada de la orden de conservar para sus herederos. Pero si damos la cita del fragmento en donde se contiene esta opinión de Cervidio Scaevola, Lemercier señala D. 22. 1. 7, lo que evidentemente es un error, pues el libro 22 del Digesto no o tiene seis títulos. En realidad el fragmento aducido por Lemercier corresponde en el Digesto al libro 32, - fragmento 3, párrafo 7: "Inter filios heredes scripserat et adiecit: 'praedia, quae ad eos ex bonis meis inventura sunt, nulla ex causa abalienent, sed conservent successioni quae de qua era re invicem sibi caverunt: ex his verbis quae situm est in praedia per fideicommissum relicta videntur. respondit nihil de fideicommissis proponi'" - (Cervidio Scaevola 19 dig.)

Debemos sin embargo señalar aquí la hipótesis lanzada por Lemerrier, (41). Tenemos que reconocer que es una hipótesis interesante y bien -- construida, aunque desgraciadamente le falte apoyo suficiente en los textos para que resulte verosímil.

Sostiene este autor la existencia, en los últimos tiempos de la República, de un procedimiento que permitía sancionar el fideicomiso y forzar al fiduciario a ejecutarlo. El fideicomiso estaría sancionado por la intervención del censor, intervención que no estaba limitada por ninguna regla, -- que descansaba en su arbitrio y que podía manifestarse sobre todo lo que era contrario a la honestas. Esta intervención censoria se llevaría a cabo en el campo de los fideicomisos tachando con la nota de infamia al ciudadano que se hubiese enriquecido traicionando el encargo que le había efectuado una persona antes de morir.

Se basa para esta construcción fundamentalmente en dos textos, uno de Cicerón y otro de Valerio Máximo (42). Pero el mismo Lemerrier reconoce la carencia de valor probatorio de la mayoría de los textos aducidos en frases como las que siguen:

"Varios textos... nos dan sobre los fideicomisos indicaciones muy interesantes, pero que carecen en general de precisión jurídica" (43).

(39). Gajo II, 260-264. En igual sentido I, 2.24 pr.-2

(40). Para una interesante interpretación de I.2.25 pr. en relación con I. 2.23.1., vid. Guarino, "Isidoro di Siviglia e l'origine del codice", en S.D.H.I., 1944, págs. 321 y ss. Gomme, en *La revue du fideicomiso* en *Revue Historique du Droit Français et Etranger*, 40 -- (1962), pag. 345, y nota (3) de esa misma pag., refiriéndose a I.2. 23.1 nos dice que las fuentes de las Instituciones o reelaboraron -- ellos mismos las fuentes clásicas o tuvieron ante su vista una versión postclásica, puesto que jamás un clásico hubiese construido -- "iubere" con el dativo "iussit annuilibus", y se pregunta como nadie que él sepa ha hecho notar este pecado contra la gramática latina. -- Pero a pesar de esta objeción gramatical, no se ataca el contenido -- del texto en el que se nos relata el reconocimiento de eficacia jurídica a los fideicomisos por parte de Augusto.

(41). Lemerrier, art. cit., págs. 435 y ss.

(42). Cicerón, pro Cluent., 7; Valerio Máximo, IV, 2,7.

(43). art. cit., pag. 435

"Los textos que acabamos de examinar para intentar determinar la forma del fideicomiso antes de Augusto, muestran de una forma implícita, pero - creemos cierta..." (44).

"Sin duda este texto no establece de una manera expresa y formal que hubiese en Larinius un medio de derecho para forzar al heredero a repartir - la herencia..." (45).

"No es solamente una presunción sino una certeza lo que nos da un texto de Valerio Máximo... Sin embargo una dificultad se presenta (referido a la interpretación del texto) de la cual no desconocemos su importancia. (46)-

Al enfrentarse con la noticia que nos suministra Justiniano respecto a cuando fueron sancionados jurídicamente los fideicomisos, afirma que sin - duda Justiniano ha exagerado el alcance de las reformas legislativas del - fundador del principado. En este caso no creemos sea así. La sanción jurídica del fideicomiso, aparte de motivos técnico-jurídicos, pensamos tuvo - también importantes fundamentos político-sociológicos al conseguir someter al control del príncipe un instituto impregnado en su espíritu de la libertad republicana.

Por todo lo expuesto, estamos con Arias Ramos cuando considera la hipótesis mantenida por Lemerrier como muy sugestiva, pero que los argumentos aducidos en su favor carecen de fuerza probatoria suficiente para echar - por tierra con exactitud la clara noticia suministrada por Justiniano (47)

(44). art. cit., pag. 444

(45). art. cit., pag. 445, referido al texto de Cicerón, pro Cluent., 7, "la fecit heredem illum adolescentem Oninium, sororis suae filium, aunque partiri cum Diannae matre".

(46). art. cit., pag. 445 y 453

(47). Arias Ramos, Fideicomiso y leyes caducarias, en Rev. Dcho. Priv. (1940), pag. 154. Vid. tb. nota (4) de esta misma pag. en donde - efectúa una acertada crítica a los textos de Cicerón y Valerio Máximo aducidos por Lemerrier.

Por lo tanto fue Augusto el que, bien por las razones aducidas en el tagto antes citado, bien por otras, (48) encargó a los cónsules que interpretaran su autoridad (49) para que los fideicomisos fuesen cumplidos. Lo cual, como sigue diciendo el texto, "iustum videbatur et populare erat", y el efecto que tuvo fue el de difundir aún más el uso del fideicomiso entre los ciudadanos, pues junto a las ventajas que representaba frente al legado, había desaparecido el inconveniente de su falta de exigibilidad (50).

Esta acogida tan favorable, hizo que, según nos refiere Pomponio (51), se crearan en tiempos de Claudio dos pretores especiales denominados praetores fideicommissarii que recogieren algunas de las funciones que a este respecto ejercían los cónsules. En tiempos de Tito, según nos refiere también

(48). Según Daube, Roman Law Linguistic Social and Philosophical Aspects, - Edinburg 1969, pag. 98, el reconocimiento efectuado por Augusto tuvo también la finalidad de controlar y restringir los fideicomisos, opinión a la que me adhiero. Dice textualmente: "El reconocimiento de Augusto de los fideicommissa estaba destinado no solo a proveer estas medidas -las que aparecen señaladas en las Instituciones de Justiniano- (aunque no dudo ni por un momento que la motivación oficial sea -parte de verdad), sino para controlarlos y restringirlos verdaderamente".

(49) "iussit consulibus auctoritatem suam interponere". Sobre lo que deba entenderse por auctoritas, estamos de acuerdo en este caso con Lamerrier, art. cit., pag. 458 cuando dice: "La palabra en nuestro texto tiene el mismo sentido que en la expresión moderna: autoridad de un magistrado o de un funcionario público. Se trata del poder de dar ordenes a un ciudadano, aquí la orden de restituir la herencia a un fideicomisario". Arias Ramos en art. cit., pag. 155, parece mostrarse de acuerdo también con esta acepción cuando dice: "El alcance exacto de esta expresión y, por ende, el valor sancionador y la precisa transmisión de la medida, son muy difíciles de conjeturar, dada la diversidad de acepciones y matices en los que el término auctoritas es empleado por los escritores romanos, juristas o no. Pero, evidentemente, debe eliminarse aquella acepción de auctoritas, similar a la de ratificación o elemento completador de una capacidad no plena (auctoritas patrum, auctoritas auctoritas), y aquella otra equivalente a fuerza moral o ascendiente espiritual (clémitas) que no constriñe por medios externos. La intervención consular sería una manifestación de la auctoritas como facultad de mandar, de dar una orden". Diferente es esta acepción a la que Iglesias nos expone en Sobre el Derecho Romano y la Auctoritas en Estudios, Madrid, 1968, pag. 63-66. Gensler, art. cit. pag. 345-346 estima que la expresión "auctoritatem suam interponere" es equívoca. Se pregunta si se trataría de la propia autoridad de los cónsules como mantiene Orestano por él citada en Augusto e la cognitio extra ordinem, studi economici e giuridici della R. Università di Cagliari, 1938, o lo que según él es más probable, de la auctoritas de Augusto como en el iura respondendi ex auctoritate principis. Nos-

Pomponio, estos dos prelores se redujeron a uno, y Nerva añadió otro con jurisdicción en los litigios entre el fisco y los particulares (52).

Los cónsules no dejaron de intervenir en Roma en materia de fideicomisos y comparten la competencia con los praetores fideicommissarii (53).

¿Cuáles son los criterios por los que se determinaba la competencia de unos y otros?

Para Bortolucci, (54). los cónsules conocían de los fideicomisos de gran cuantía, mientras que los pretores lo hacían de los fideicomisos menos importantes; esto se deduce de su afirmación en el sentido de que Claudio -

(Continuación nota 49) tros, como ya hemos dicho, tomamos postura por el primer parecer matizado como lo hacen Lemercler y Arias Ramos.

(50). Milone, op. cit., pag. 28 nota (8), habla de un primer momento en el cual el príncipe proveía por casos singulares, lo cual está admitido por todos los autores modernos -de su época-; cita a Mommsen, Dr. - Publ. Rom. en Manual de antigüedades romanas, por Mommsen y Marquardt III, pag. 118, V.F. 195, nota (2); Brückner, Zur Geschichte des Fideicommissen, pag. 33 y 34; Glück, Commentario alle Pandette, lib. XXX-XXXII, 1517 b, pag. 29; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, I, pag. - 529.

(51). D.l. 2. 2, 32.

(52). Hace notar Ferrini, op. cit., pag. 34, que el texto citado de Pomponio corrige el de las Instituciones de Justiniano, 2. 23. 1, en el sentido de que allí no se habla en ningún momento de dos pretores, sino solamente de uno. Un estudio interesante de los pretores fideicomisarios es el de Röhle, "Praetor fideicommissarius", en R.I.D.A., 3ºS, - 15 (1968), pag. 399 y ss., el cual sitúa el funcionamiento de esta magistratura especial -ateniéndose sobre todo a fuentes epigráficas- entre los años 136 y 244. Dada por tanto de las fuentes que señalan una aparición más temprana.

(53). Ulpiano, Reg. XXV, 12.

(54). Appunti dalle lezioni del prof. G. Bortolucci, a cargo de Enzo Nardi, Bologna, 1932, págs. 104 y 105. En todo caso debe tenerse en cuenta, cosa que no hace Bortolucci, lo que expresa Arias Ramos en art. cit., pag. 157, en el sentido de que la intervención consular, por su asiduidad, se convertiría, ya que no en una actio, si en una persecutio, en una comitio extra ordinem, con las matizaciones que esta afirmación comporta, recogidas en nota (16) de esa misma pag. Vid. también Röhle, art. cit., pag. 427.



concedió a los fideicomisarios una acción de la que conocían los cónsules; pero si los fideicomisos no eran de gran valor, la competencia correspondía a un pretor especial denominado fideicomisario.

Lamerrier (55) por el contrario, considera que los cónsules serían competentes en los fideicomisos de sumas poco importantes.

De los datos que nos suministran las fuentes a este respecto, lo que se puede deducir es que la competencia vendría determinada por la cuantía del asunto.

En D. 31.29. pr., Celso hijo relata que contaba su padre que estando él en el consejo del cónsul Duceno Varo, se siguió su opinión en un caso de un fideicomiso de una cuantía de doscientos (56).

De Quintiliano es la noticia de que "non debet enim praetorem potius fideicommissum, sed enim consul maior enim praetoris cognitio summa est". (57).

Esta competencia de los cónsules, según Lamerrier, opinión que aceptamos como probable, desapareció por falta de uso (58).

El conocimiento de los asuntos referentes a fideicomisos en las provincias, competía a los gobernadores, y, en esto están de acuerdo todos los autores, por vía extraordinaria. Esta noticia está confirmada por Suetonio Vita Claudii, 23. (59) En lo que se refiere a Italia la competencia correspondía a los iuridici (60).

(55) art. cit., pag. 462.

(56) Celso, l. 36 dig.; en el fragmento se habla de ducentis sin hacer ninguna especificación más, pero vid. Röhle, art. cit., pag. 427. Posiblemente la suma no era doscientos sino doscientos mil.

(57) Institutiones Oratoriae, 3, 6, 70.

(58) Lamerrier, art. cit. pag. 462.

(59) "Iuris dictiones de fidei commissis, quot annis et tantum in urbe delegari magistratibus solitas, in peregrinis atque etiam provinciis non testatibus demandavit."

(60) Röhle, art. cit., pag. 415, donde se expresan las fuentes correspondientes.

La sustanciación procesal de los asuntos referentes a fideicomisos se efectuaba por medio de la Cognitio Extraordinaria. Es tema incidental al que tratamos, pero debemos decir que es comunmente aceptado que posiblemente el origen de este procedimiento esté ligado a la regulación de los fideicomisos efectuada por Augusto (61).

10. La eficacia del fideicomiso y el problema de su inserción en el régimen general de las disposiciones mortis causa. El acercamiento al legado.

Lógicamente la progresiva eficacia que alcanzó el fideicomiso, motivó su masiva utilización lo que hizo que se fijaran en él los encargados de regular las relaciones jurídicas de aquella época, y sobre todo, como dice Cuq, (62) cuando se usó para eludir las incapacidades establecidas por las leges Julia et Papia Poppaea, establecidas por Augusto para fomentar los matrimonios y la procreación.

Ya vimos cuando tratamos las diferencias entre legados y fideicomisos como Gayo (63) afirma refiriéndose a los solteros y los que no tienen hijos que, en base a lo preceptuado en las leges Julia et Papia, los primeros no podían adquirir las herencias y los legados y los segundos perdían la mitad de los mismos; sin embargo, dice textualmente el citado jurista, "se admitió antiguamente" al que pudieran recibir por fideicomiso.

Aunque muy someramente, debemos hacer referencia a la relación que pudo existir entre los fideicomisos y las leyes llamadas caducarias en los comienzos del principado cuando a nuestro instituto le fue reconocida eficacia jurídica y aparecieron estas leyes como un intento de Augusto de moralizar, según su interpretación de la sociedad, las decadentes costumbres de la Roma postrepública (64).

(61). Vid. en este sentido Kelly, Principes Index, Eine Untersuchung zur Entwicklung und zu Grundlagen der Kaiserlichen Gerichtsbarkeit, Weimar, 1957, pag. 86 y ss Kaser, Das Römische Zivilprozessrecht, München 1966, pag. 354. Hace también referencia a ello Torrent, Fideicommissum familiae relictae, Univ. de Oviedo, Serv. de Publicaciones, Serie Derecho, 2, 1975, y Rñhle, art. cit. pag. 415 y ss.

(62). Op. cit., pages 791-792

(63). Gayo II, 286-286°

Estas leyes caducarias, emanadas de las asambleas populares, (65) pero que en el fondo respondían no a un sentimiento renovador surgido del pueblo romano, sino a un deseo de su princeps, son fundamentalmente tres, conocidas por los nombres de lex Julia de Adulteriis, del 18 a. de C., tendiente a mejorar las costumbres mediante el castigo del adulterio; la lex Julia de maritandis ordinibus, 18 a. de C., destinada a favorecer las nupcias entre personas de la misma condición social, y la lex Papia Poppaea, 8-9 d. de C., dirigida a premiar la procreación legítima.

Entre otras cosas, estas leyes, como dice Arias Ramos, (66) "determinaron fundamentalmente la doctrina de la incapacitas en sentido estricto en el derecho sucesorio: la prohibición absoluta o las restricciones para adquirir por sucesión mortis causa con las que gravaban a orbi, orbi y patres solitarii, (67), y a la atribución de las porciones del "

(64) Un interesante estudio sobre la época de Augusto nos ofrece Miquel, en El problema de la sucesión de Augusto, Santa Cruz de Tenerife 1968 especialmente en pag. 14 hace referencia a la moralización de costumbres pretendida por el princeps. Vid. tb. en este sentido el artículo del mismo autor Principado de Augusto y despolitización en homenaje a Eufra Serra Ráfole, Universidad de La Laguna 1970, III, págs. 11 y ss.

(65) Vid. en este sentido Arias Ramos, Compendio de derecho público romano e Historia de las fuentes, 14 ed. revisada por J.A. Arias Bonet Valladolid 1979, págs. 90-91, en las que nos dice refiriéndose a los antiguos órganos republicanos en la época del principado que "la actividad legislativa de los comicios tuvo un brote abundante al iniciarse el principado", y que "hay numerosas leyes y plebiscitos en la época de Augusto el cual se escuda tras los comicios para implantar reformas que introducidas de otro modo, tal vez hubiesen hecho tambalear su popularidad". Habla también de estas leyes caducarias "... durante el gobierno de Augusto, la legislación comicial es abundante y de importancia para el derecho privado. A ello contribuyó ... el propósito de Augusto de modificar con un criterio de depuración moral la familia romana y la ciudadanía, poniendo diques a la corrupción de costumbres... Tales medidas habían de despertar, y despertaron, la natural resistencia. Vencerla por la sola fuerza de su poder personal no era prudente, tan reciente como estaba la implantación del nuevo régimen, y resultaba hábil, en cambio, que las antipatías recayesen sobre el órgano legislativo de la vieja constitución republicana".

(66) "Fideicomisos y leyes caducarias", loc. cit., pag. 156

(67) Fueron considerados orbi los hombres entre 25 y 60 años y las mujeres entre 20 y 50 que no habían contraído matrimonio. Los orbi eran aquellos conjugati qui liberos non habent. Los patres solitarii eran los viudos que aunque en su matrimonio hubiesen tenido hijos no contraían un nuevo matrimonio. La incapacitas que afectaba a los "

haber hereditario vacantes por tal causa -caduca, in causa caduci- a las par-  
tes casadas con hijos, según ciertas reglas".

(Continuación nota 67 ). coelibes en orden al derecho sucesorio era total, mientras que la de los orbi era parcial ya que les estaba permitido adquirir la mitad del patrimonio dejado por el causante. En cuanto a estas restricciones para coelibes, orbi y patres solitarii y también para las disposiciones que pretenden favorecer las nupcias entre personas de la misma condición social, sería interesante saber los motivos que indujeron a Augusto a imponerlas. Sabemos por antropólogos e historiadores (Pichon, Hombres y cosas de la antigua Roma, Madrid - 1928, page. 13 y ss; Fustel de Coulanges, La ciudad antigua, Buenos Aires, 1951, principalmente en cap. I y II), los sentimientos de los pueblos antiguos en cuanto a creencias, religión, matrimonio, familia, etc., en el sentido de la importancia que desde el punto de vista del culto doméstico, base para Fustel de Coulanges de la familia, propiedad, etc., tenía el que la familia no se extinguiese, el que existiese siempre un miembro de la misma encargado de mantener el culto de los antepasados familiares. Dice Fustel de Coulanges en pag. 68 que "a falta de leyes, estas creencias religiosas debieron bastar durante mucho tiempo para impedir el celibato. Pero también parece que apenas hubo leyes, declararon que el celibato era cosa mala y punible". Cita un texto de Dionisio de Halicarnaso, II, 22, en el que este autor dice haber visto una antigua ley que obligaba a los jóvenes a casarse, y otro de Cicerón, De legibus III, 3 (en la edición manejada por nosotros de "La ciudad antigua", aparece equivocadamente III, 2, en nota (2) pag. 68), en el que se hace referencia a la prohibición del celibato: "Consortia... coelibes esse prohibent". Bonfante (Corso di Diritto Romano, I, Diritto di famiglia, reimposición corregida de la 1ª ed., Roma 1925, Milan 1963, page. 7 y ss., especialmente nota (2) - pag. 8), sostiene el origen político de la familia romana, opinión generalmente aceptada por los romanistas italianos (Scialoja, De Ruggiero, Longo). Señala Bonfante la opinión contraria a la suya mantenida por Arangio-Ruiz en Le genti e la città, Mesina 1914, ahora también en Scritti di Diritto Romano, I, page. 521 y ss., y en sus Istituzioni di Diritto Romano, Napoles 1923, page. 174 y ss (nosotros hemos utilizado la 14ª ed., reimposición Napoles 1966, page. 430 y ss) caracterizando a la antigua familia como un organismo económico, opinión que no es rechazada totalmente por Bonfante, pero que según él "no explica la estructura, el espíritu, el carácter exclusivo de la familia antigua y tampoco los poderes del paterfamilias". Hace referencia Bonfante además a la tesis mantenida por Fustel de Coulanges (tesis también estudiada y no totalmente rechazada por Arangio-Ruiz en Le genti e la città, loc. cit., pag. 521-522) y sus seguidores sobre "el carácter sacro, la función religiosa y en especial el culto a los muertos" como determinantes del origen de la familia. Pero "el culto no explica totalmente la estructura de la familia y los poderes soberanos del paterfamilias... Todo organismo político de la edad antigua es un organismo político-religioso", dice Bonfante. Muy interesante de tener en cuenta tratando de este tema es el reciente trabajo de Franciosi, Gli gentili e le strutture monogeniche, I, Napoles 1975, y II, Napoles 1976 donde el autor recoge las más modernas corrientes antropológicas e historiográficas.

¿Cómo se puede compaginar esta legislación con las restricciones que impone, con la existencia del fideicomiso jurídicamente eficaz que suponía una vía para eludir las restricciones aludidas?

En principio, y esto parece claro por disponer de textos que así lo confirman, (68) el fideicomiso no se vió afectado por las restricciones que estas leyes imponían a otros modos de adquirir mortis causa cuando el afectado era una persona de las que las leyes caducarias hacían referencia (69).

Se produjo, pues, como dice Arias Ramos en su artículo ya citado, un choque evidente entre dos tendencias. "La corriente política de fortalecimiento de las viejas cepas familiares romanas, de favor hacia la natalidad legítima, política en la que el tesón de Augusto supo vencer resistencias que no debieron ser despreciables", por un lado, y por otro "la tendencia al fortalecimiento de la validez de los fideicomisos, la indudable inclinación a un respeto cada vez más exagerado a la voluntad del causante, exteriorizada en la zona libre de trabas formales del fideicomiso".

(Continuación nota 67). Como resumen, diremos que consideramos las críticas de Bonfante a las tesis de Arangio-Ruiz y Fustel de Coulanges integra-  
doras, en el sentido de que en ninguno de los dos casos las rechaza totalmente. Claramente se deduce de todas ellas la importancia que pu-  
do tener la continuación de la especie (no debemos tampoco olvidar la adrogatio) para que el hijo sucediese al padre a la cabeza de esa pe-  
queña comunidad, bien política, bien económica, bien religiosa o polí-  
tico-económico-religiosa. ¿Hasta qué punto estas leyes de Augusto son  
herederas de esta tradición, de estas creencias y necesidades senti-  
das en sus orígenes por los romanos de perpetuarse y de proveer una  
persona para ocupar la cabeza del núcleo familiar? ¿Quiso Augusto ha-  
cer volver a la sociedad romana a las viejas costumbres que poco a po-  
co se irían perdiendo para asegurar su poder, o fueron otros los inte-  
reses que le guiaron? Estas son las interrogantes que nos sugieren es-  
tas leyes y sobre las que nos gustaría profundizar más, si no fuese  
otro el objeto de nuestro trabajo.

(68). - Gayo II, 236 y 276<sup>a</sup>

(69). - Cfr. Arias Ramos, Fideicomisos y leyes Caducarias, loc. cit., -  
pag. 156

Y en esta confrontación aparentemente triunfó el fideicomiso.

Rotondi (70) dice que "la nueva legislación matrimonial con ... las penas a los solteros y a los sin hijos... con el sistema fiscal y delatorio por la misma introducido para asegurar la ejecución... y la radical alteración llevada a cabo por la misma en tema de derecho sucesorio, debió parecer, mas que a nosotros a los romanos una formidable y repugnante innovación a un sistema vetusto..."

Admitimos que como innovación sea considerado el nuevo sistema fiscal y delatorio y las alteraciones llevadas a cabo en materia de derecho sucesorio. Pero las presiones a los Coelibae y a los Orbi en nuestra opinión no eran nuevas, sino más bien todo lo contrario. Augusto lo que hizo fue seguir una vieja tradición posiblemente en vías de franca decadencia en los últimos tiempos de la República, momento en el que el pueblo romano estaría intentando desasirse de costumbres arcaicas e intentando cambiar de mentalidad en algunos temas. Alguna ventaja obtendría Augusto con esta regulación que evidentemente fue mal acogida por la sociedad romana.

Y, como veníamos diciendo, de esta confrontación entre leyes caducarias y fideicomisos, aparentemente resultó vencedor el fideicomiso. Y decimos aparentemente porque aunque es cierto que en un principio no se vió expresamente afectado por las restricciones impuestas por las leyes caducarias, nos resistimos a creer que Augusto permitiese eludir tan fácilmente el cumplimiento de unas leyes que tanto trabajo le costó introducir. Es más, consideramos una táctica de Augusto este mantenimiento paralelo del fideicomiso al lado de las leyes caducarias. Aproximadamente en un período de 60 años las disposiciones fideicomisarias caminaron libres de trabas y de limitaciones.

Y "una explicación", como dice Arias Ramos, para nosotros bastante concluyente de esta demora, está "en las características especiales de las vías -

(70) - Scritti Giuridici I, 27, citado por Arias Ramos en art. cit., - nota (13) pag. 156, refiriéndose a la resistencia que tendría que vencer Augusto para llevar a cabo su legislación moralizadora. Reprpducimos la cita que recoge Arias Ramos al no habernos sido posible confrontarla con el trabajo original del autor.

de reclamación de que, para hacer valer sus derechos, disponían los fideicomisarios". (71).

El fideicomisario no disponía de una acción y el conocimiento de su conflicto se hacía al margen del ordo iudiciorum privatorum. Los cónsules, por mandato de Augusto, interpondrían su autoridad cuando así lo creyesen conveniente. El proteger o no determinadas situaciones de fideicomiso o a determinados fideicomisarios era una facultad discrecional de los cónsules. Y como tal facultad discrecional harían uso de ella a su libre arbitrio.

Y es lógico pensar que denegarían su ayuda, si políticamente no producía malostiar, a aquellos fideicomisarios que estuviesen afectados por las prohibiciones de las leyes caducarias. Pero también es lógico pensar que si políticamente fuese oportuno o necesario, dispensarían esta protección a las personas afectadas por las incapacidades establecidas por las leyes caducarias, con lo que las frases de Cayo II, 286 y 286° "consilios et ordines alii fideicommissa videbantur capere posse", resultarían ciertas y a su vez no desautorizarían una interpretación como la que nosotros hemos llevado a cabo (72).

Al dotarlo de eficacia jurídica, el fideicomiso había logrado salvar su más grave deficiencia frente al legado, pero, tal regulación supuso, en consecuencia, la pérdida creciente del régimen de libertad que hasta ese momento había gozado.

Y esta pérdida paulatina del régimen de libertad que el fideicomiso había gozado pudo causar el efecto de retraer en cierto modo el uso tan generalizado que hasta ese momento había gozado nuestro instituto por parte del

(71). Arias Ramos, Fideicomisos y..., loc. cit. pag. 157.

(72). Gonzmer, en art. cit., pag. 346 sostiene que "auctoritatem suam interponere" referido a los cónsules, no se limitó, como cree Bruckner a la ejecución de la decisión del princeps, sino que además serían los encargados de buscar, de proporcionar las pruebas, lo que en nuestra opinión les facilitaría esta labor de selección de los casos que estimasen conveniente y oportuno proteger.

ciudadano romano. En este sentido se puede interpretar la reducción que de dos a un pretor fideicomisario se hizo durante el gobierno de Tito (73). - Presumiblemente el descenso de casos planteados aconsejó a Tito efectuar esta reducción.

Siguiendo a Gayo podemos ir viendo paso a paso las restricciones que - fue sufriendo la libertad que en un principio gozaban los fideicomisos: - Lo que probablemente fue el origen de este instituto, según Gayo, o sea, el que los peregrinos pudiesen adquirir algo mortis causa a pesar de carecer de testamenti factio pasiva, fue prohibido por un senadoconsulto de los tiempos de Adriano, y se dispuso que el fisco se apropiase de tales fideicomisos (74).

- A los solteros y a los que no tenían hijos también les fue prohibido adquirir por fideicomiso por el senadoconsulto Pegasiano, que atribuyó los mismos a los instituidos en el testamento que tuvieran hijos, y si no al pueblo (75).

- Otro senadoconsulto de tiempos de Adriano determinó la equiparación del régimen de herencia y legados al de los fideicomisos en lo relativo a los fideicomisos que se podían dejar a personas inciertas o póstumos ajenos (76).

---

(73) Pomponio, Enchir. liber sing., D.1.2.2,32. En este sentido vid. también Milone, op. cit., pag. 49.

(74). Gayo II, 285.

(75) Gayo II, 286 y 286°. Parece que estas restricciones a peregrinos, pro libris y prohi. más que a motivos jurídicos, respondieron a motivos fiscales. Vid. González, art. cit. pag. 349, en la que se nos dice que estos senadoconsultos restrictivos (el Pegasiano) no pretendían continuar la política demográfica de Augusto, sino más bien impedir una disminución en los ingresos del tesoro público. Y que la exclusión de los peregrinos de los fideicomisos fue motivada por el impuesto sobre las sucesiones ya que la vicesima hereditatum et legatorum no afectaba más que a los ciudadanos romanos.

(76). Gayo II, 287.



## 11. Legados y Fideicomisos en época postclásica.

Durante el Bajo Imperio y en toda la época postclásica continuó el proceso de acercamiento entre legados y fideicomisos. En todo este período se observa la tendencia, ya iniciada durante la época clásica, dirigida a la fusión de los diversos tipos de legados entre sí y a la de los legados con los fideicomisos (77).

Los sucesivos factores que durante esta época influyeron en este proceso de acercamiento son estudiados por Kaser (78) quién opina - que la tendencia a la unificación fue favorecida por la costumbre de hacer que en los casos en los que el legado no fuese eficaz por resultar nulo el testamento en que estuviese contenido, valiese éste al menos como fideicomiso. Además, otro factor importante en este sentido fue la eliminación del formalismo verbal en ambos negocios, lo que hizo a los legados susceptibles de ser interpretados más libremente.

Esta eliminación del formalismo verbal tuvo lugar en tiempos del emperador Constancio, quien, en una constitución del año 339 dirigida al pueblo, determinó que en los legados y en los fideicomisos no fuese necesario el uso de determinadas palabras (79).

La unificación se vio también favorecida por la total substitución del proceso formulario, por medio del cual se sustanciaban todos los asuntos referentes a los legados, por el procedimiento extraordinario, que como sabemos había sido siempre utilizado en las controversias que se suscitaban en relación con los fideicomisos.

Sin embargo, los juristas del derecho vulgar siguieron señalando los contrastes y las diferencias existentes entre ambos institutos, tal vez

( 77 ) ). Sobre el proceso de fusión de los legados en la época postclásica, vid. Kaser, Das römische Privatrecht, München 1975, pag. 549 y ss.

( 78 ) Kaser, "Das römische...", pag. 552-553.

( 79 ) C.6.37.21. "In legatis vel fideicommissis verborum necessaria non sit observantia, ita ut nihil prorsus interest, quis talium voluntatem verborum casus exponit, aut quia loquendi usus existerit".

porque, apunta Kaser, los fideicomisos se podían encomendar en un codicilo sin confirmar o al heredero ab intestato, lo que no era posible hacer con el legado.

Además de estas diferencias señaladas, en esta época el legado debía ser escrito después de la institución de heredero y, por consiguiente, en un testamento, o, a lo sumo, en un codicilo confirmado.

Constantino, en una constitución posiblemente del año 326 (.80) — exigía, seguramente para facilitar los medios de prueba, la intervención de 5 ó 7 testigos en los codicilos ab intestato, presencia que era ya necesaria en el siglo IV para los testamentos civiles (5 testigos) y para los testamentos pretorios (7 testigos) (.81).

Posteriormente, en el año 424, Teodosio determinó que todos los codicilos debían hacerse ante cinco testigos. Dice así la constitución a la que nos estamos refiriendo: "In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati vel qui fortuito venerint, in uno - eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis sive sine scriptis - voluntas conficiatur: testibus videlicet, quando in scriptura voluntas - componitur, subnotationes suas accommodantibus". (82). Como vemos, se exige, además de los testigos, unidad de acto, y el requisito de la presencia de testigos se extiende también a los supuestos en que la voluntad del causante no se manifiesta por escrito, o sea, en los fideicomisos encomendados oralmente (83).

(80). C. Th. 4.4.1.

(31). Vid. Cuz, Manuel des Institutions..., nota (3) pag. 793.

(82). C. 6. 36. 8, 3.

(83). De esta presencia de testigos en el fidelcomiso tenemos noticias anteriores a las referidas, ya que de tiempos de Diocleciano y Maximiano data una constitución en la que se admite la validez del fidelcomiso dejado en carta o en memorial (libello) o oralmente (sine scriptura) o incluso por señas (signa manu), siempre y cuando hubiesen sido presentados los testigos. Vid. C.6.42.22.

(84). Cfr. Kaser, Das römische.... pag. 553.

## 12. La posición de Justiniano.

Pero la unificación total no se llegó a realizar hasta los tiempos - de Justiniano que fue quien en su compilación acabó por efectuar definitivamente la fusión de regímenes de legados y fideicomisos.

Es de señalar que mientras que la intención de los clásicos en la - aproximación entre legados y fideicomisos era someter al fideicomiso a - la regulación establecida para los legados, la tendencia postclásica y el sentido de la reforma de Justiniano pretendía lo contrario, es decir, inculcar a los legados la flexibilidad y la libertad característica del - fideicomiso. (84).

El proceso de fusión justinianeo aparece en las Instituciones, 2.20. 2 y 3. Comienza con una constitución del año 529 (85) por la que se unifican los cuatro tipos de legados existentes hasta entonces y asimila a los fideicomisos a este régimen uniforme de los legados.

Hay otra constitución del año 531 (86), sobre cuyo alcance no se ponen de acuerdo los autores que han fijado su atención sobre el tema. - Unos piensan que con la primera constitución aún no se había operado - plenamente la fusión y que fue necesaria la aparición de esta 2ª para - que la misma se llevase a cabo. Otros autores, por el contrario, opinan que la segunda constitución solamente tuvo finalidad y alcance interpretativo, y que la fusión basándose en la afirmación de Justiniano "una naturam imponere", fue plenamente realizada con la primera (87)

---

(85). C. 6.43.1.; I.2.20, 2

(86). C. 6.43.2.; I.2.20, 3

(87). La primera postura es mantenida entre otros por Marescall, Mayer, Roschirt, (citados por Glück, op. cit. 1517 c, pág. 45 nota (50) y Grosso en Sulla Riforma de Giustiniano in materia di legati en Studi Paoli, Firenze, 1955, págs. 359-363; la segunda por Ferrini, op. cit. pág. 44. Milone, op. cit. pág. 60. Schirmer (cit. - por Glück, op. cit. 1517 c, pág. 45 nota (51), y, con algunas matizaciones, por Glück op. cit. 1517 c, pág. 45 y 46.

(88). Op. cit. pág. 58

- Acuerdo sobre la interpolación de D. 30. 1.

Ya se produjera mediante la primera, ya mediante la segunda, lo cierto es que fue en época de Justiniano, dato este que nos es interesante para afrontar el estudio del fragmento de Ulpiano de su libro 77 ad edictum, recogido en D. 30.1.

Hay unanimidad en todos los autores que hemos consultado en considerar interpolado este texto, que dice: "Per omnia exsecrata sunt legata fideicommissa".

Para Milone (88) es imposible que esta frase, en términos tan amplios, fuese concebida por Ulpiano, ya que en sus tiempos faltaba aún mucho para que esta fusión se produjese. Y en este sentido parecido se manifiestan muchos más autores (89).

Es el mismo Justiniano, además, el que en las constituciones que hemos citado se declara autor de tal fusión. Así en I, 2. 20. 3., se dice: "... necessarium esse diximus omnia legata fideicommissa exoculare, ut nulla sit inter ea differentia". Y en C. 6. 43. 2. "... et omnia, quae naturaliter insunt legata, ea et fideicommissis inherere intelligantur, et e contrario quicquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legato..."

Como se puede apreciar, entre estos dos textos mencionados y el fragmento de Ulpiano D. 30.1., hay una contradicción en lo relativo al momento en el que se realizó la fusión.

(89). Glück, Commentario alle Pandette, Milán 1898, libros XXX-XXXII, 1517 c pág. 33, referido a 1517 b; Ferrini, op. cit. págs. 41 y ss.; Appleton, Des Interpolations dans les pandectes et des méthodes propres à les découvrir (Paris 1895), reimpression Roma, 1967, págs. 10 y 11; Guq, op. cit. nota (6) pag. 793; Bortolucci, Corso di diritto romano. Le Successioni, Bologna 1932, pág. 105; Biondi Successione testamentaria; Donazioni, pág. 305-6; Schulz, De Romano clásico pág. 303, parágrafo 552; Kaser, Derecho privado romano pág. 346; Guarino, Diritto privato romano, 5ª ed. Naples 1970 págs. 495-496; etc. Vid. también "Index interpolationum" quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur, Editionem a Ludovico Mitteis inchoatam ab aliis viris doctis perfectam. Adiuti curaverunt. - Ernestus Levy-Ernestus Rabel; Weimar, 1931, Tomus II, ad libros - Digestorum XXI-XXXV pertinentis, cols. 221-222, referidas a D. --- XXI, 1.

Si fue Justiniano, como él mismo nos refiere, el que efectuó la fusión difícilmente ésta pudo producirse en tiempos de Ulpiano, 300 años antes (Ulpiano murió, como sabemos, el año 228 víctima de una conjura de los pretorianos).

Es muy probable que Ulpiano reflejase, desde luego no con términos tan tajantes, en ese fragmento, el proceso de acercamiento entre ambos institutos iniciado durante el principado, y que fuese aprovechado por los compiladores justinianos para que, con los retoques oportunos, recogiese el anuncio general de la fusión que acaba de tener lugar.

En este sentido por nosotros expuesto se manifiesta Marchi (90) cuando tratando de la glosa de Accursio a este fragmento, recoge la opinión de la doctrina moderna que, según dice, ha precisado los límites

- (90). Maschi, Accursio precursora del método storico-critico nella studio del Corpus Iuris Civilis, en Atti del Convegno Internazionale di studi Accursiani, Bologna 21-26 Ottobre 1963, Milano 1966, - II, pag. 605, y también en "Emendata sunt legata fideicommissa" en Ius, N.S., 15 (1964), page. 74-75, trabajo que no es más que un resumen del anterior. En ellos, su autor efectúa una defensa de Accursio y de su glosa tomando como base este fragmento, en el cual, concluye Marchi, Accursio había llegado a los mismos resultados que la doctrina moderna. En sentido parecido tb. se manifiesta Riccobono en Legati e fideicommissi, verba e voluntas, en Melanges Cornil II, page. 350-51 donde dice que "el proceso de fusión (entre legados y fideicomisos) se inicia en la época clásica y nos es conocido por Gayo II, 284 y ss., y por Ulpiano XIV, 1 y ss... Así en el fragmento 1 arriba referido (se refiere a D. 30.1), esta seguramente interpolada la frase "per omnia". El resto del fragmento se debe considerar genuino... La genuinidad además resulta probable del hecho que los compiladores fueron a sacar aquel fragmento del l. 67 de Ulpiano ad edictum donde figuraba bajo la rúbrica quod legatorum, en relación al problema de si aquel interdicto podía también interponerse contra el que poseía fideicommissum nominis. La decisión afirmativa debía ser concisa, sin un particular desarrollo en torno a los puntos equiparados de los dos institutos que hubiese estado fuera de lugar... La interpolación del fragmento 1, hecha con la sustitución de una frase, representa el resultado del desarrollo iniciado en el derecho clásico y completado definitivamente antes de Justiniano..." Vid. tb. Bonini, Introducción al estudio de la edad Justiniana, trad. A. Cienfuegos, Granada - 1979, pag. 52 y 53.

verosimilmente atendibles de la supresión llevada a cabo por los compiladores y nos hace descubrir lo que el texto original presumiblemente decía. Hoy sabemos, sigue diciendo, que el libro 67 ad edictum de Ulpiano del cual se ha extraído el fragmento en cuestión, trataba de un argumento particular, del edicto quod legatorum y, en el ámbito de este tratamiento, un problema todavía más específico era aquél de si tal interdicto podía ejercitarse, además de contra quien poseía legatorum nomine, - también contra el que poseía fideicommissorum nomine. Y tal problema está resuelto por Ulpiano positivamente, en el sentido de que los legados estaban, a este respecto, equiparados a los fideicomisos.

Más adelante ensaya la reconstrucción del texto diciéndonos que el - texto original de Ulpiano debía decir que "por cuanto respecta al ejercicio del interdicto quod legatorum, exaequata sunt legata fideicommissis", y que no podía, en tal lugar, extenderse a considerar en conjunto el régimen de los legados y de los fideicomisos, ni afirmar la completa equiparación entre ellos, porque el derecho clásico no había llegado allí.

Concluye afirmando que los compiladores justinianos quitaron del texto clásico la mención del problema específico relativo al interdicto y - le sustituyeron por el per omnia, y así dieron al texto un significado - general, que no tenía, ni podía tener, en el texto original.

Nosotros aceptamos y nos adherimos plenamente a esta interpretación - de parte de la doctrina que nos expone Maschi, y por ello nos resistimos también a creer que el texto fuese interpolado con anterioridad a Justiniano, pero posteriormente a la muerte de Ulpiano. Si la fusión se llevó a cabo por Justiniano, aparentemente no hay ningún motivo para que - los compiladores prejustinianos quisiesen hacernos ver la misma como - producida en tiempos de Ulpiano, cuando en la hipotética fecha en que - ellos retocasen el texto ulpiano, dicha fusión total estaba aún por producirse.

Pero también debemos preguntarnos qué interés tenía Justiniano en hacer aparecer tal fusión como acaecida en época de Ulpiano cuando por - otra parte nos deja evidentes pruebas de que se efectuó bajo su mandato.

Intentaremos explicarlos:

- El fragmento D. 30.1., es el primero que aparece en el primer libro - de los tres que en el Digesto están dedicados a legados y fideicomisos. Justiniano, como sabemos, unificó el régimen de ambos institutos y es lógico que en el primer fragmento de los libros referidos a ellos - hiciese constar claramente el principio general de esta unificación.

Fue utilizado el fragmento de Ulpiano porque, como antes señalábamos, posiblemente en él se apuntaría originariamente el proceso de acercamiento entre ambos institutos que ya se había iniciado con anterioridad. Más que dotar de claridad a la fusión, se intentaría hacer ver que hacia la misma ya se caminaba en tiempos de Ulpiano. Pero los compiladores se vieron en la necesidad de modificar el texto para que manifestase drásticamente la fusión de regímenes, que se había realizado, fusión bajo la que ya se contempla la regulación de ambos institutos en los libros 30, 31 y 32 del Digesto (91).

- Aunque es sabido que no es extraño encontrar contradicciones entre - las diversas obras que componen el Corpus Iuris, en este caso nos inclinamos a pensar que la existente entre D. 30. 1. e I. 2. 20. 3 y G. 6. 43. 2., en base a estos argumentos, es más aparente que real.

A este respecto, consideramos muy radical la postura mantenida por - Appleton (92) cuando analiza D. 30. 1. Dice refiriéndose a los compiladores: "A veces incluso, se inventan pura y simplemente todo un desa-

---

(91). Glück, op. cit. XXX-XXXII, 1517 c, pag. 34, sostiene que posiblemente los compiladores añadieron las palabras "per omnia" por las cuales se generalizaría lo que había sido dicho en una determinada relación. En nota del traductor (8) de la misma pag. dice Ferrini que el libro 77 ad edictum no se ocupaba de ningún modo de este asunto, por lo que no quedan más que dos vías: -o admitir - que el fragmento haya sido muy alterado, -o admitir que los compiladores (y es lo más probable) hayan dado forma general a una - observación particular de Ulpiano. Nuestra opinión coincide en este caso con las expuestas de Glück y Ferrini en el sentido de que lo que los compiladores realizaron fue una pequeña modificación en el - texto ulpiano que ya trataba de la materia, pero no en términos tan generales.

(92). Appleton, op. cit. pag. 10.

rrrollo, que atribuyen sin escrúpulo a un jurisconsulto de la época alijca". Y nos muestra como ejemplo de esta afirmación D. 30. 1., en comparación con C. 6. 43. 1. Continúa argumentando que en la época de Ulpiano las diferencias entre legados y fideicomisos eran numerosas e importantes, por lo que esta proposición no pudo ser de Ulpiano, ya que hubiese sido falsa y herética en su época, y concluye con estas palabras: "Este fragmento pertenece pues, exclusivamente a los compiladores, es de su invención, y ellos se lo han atribuido muy gratuitamente a Ulpiano".

Como apoyo de estas afirmaciones, nos dice (93) que el mismo Ulpiano señala un cierto número (de diferencias entre legados y fideicomisos) en sus Regulas, XIV, 1-10. Con ello parece querer afianzar su argumento de que una proposición en tal sentido -equiparación de legados y fideicomisos-, era absolutamente falsa y herética en la época de Ulpiano.

Nosotros venimos manteniendo que el proceso de unificación comenzó incluso con anterioridad a los tiempos de Ulpiano. Ya Gayo, jurista anterior a Ulpiano, nos señala en sus Institutiones -manual elemental, con finalidad didáctica-, el proceso de acercamiento entre los dos institutos (94). Hemos escogido como significativas dos frases: "Erant etiam alias differentiae, quae nunc non sunt" (95), y "... sed senatus consulto quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis, quod in legatis hereditatibus constitutum est". (96). Si esto, como no cabe ninguna duda, fue escrito por Gayo; si además se hace referencia a que ya en tiempos de Adriano (117-138 p.C.) fueron unificados legados y fideicomisos en algunos aspectos; si el lugar donde se encuentran es un manual, entre otras cosas, dedicado a la enseñanza del derecho; si, como es de suponer, en ese manual aprendieron derecho algunas generaciones de romanos antes de que Ulpiano escribiera sus comentarios al edicto (97) -

(93). Apleton, op. cit. nota (3), pag. 10.

(94). Gayo II, 284-286, detalladas en nuestro trabajo, pag. 37-38

(95). Gayo II, 284.

(96). Gayo II, 287.

(97). Según el Index Chronologicus Auctorum et Librorum de la Palimpsesta de Lenel, las Institutiones de Gayo aparecieron aproximadamente bajo Antonino Pío y Marco Aurelio, mientras que los comentarios al Edicto de Ulpiano fueron escritos bajo Antonino Caracalla.



no podemos menos que afirmar que en época de Ulpiano una proposición hecha por un jurista en el sentido de que se estaba produciendo un acercamiento, una, porqué no, equiparación entre legados y fideicomisos, tendría que ser aceptada sin asombro y pacíficamente, y en ningún momento considerada herética.

Esto nos lleva a afianzarnos aún más en nuestra apreciación de que los compiladores pudieron tener como base de D. 30. 1. un fragmento de Ulpiano en el que se recogiese el proceso de aproximación que, sin ningún lugar a dudas, se estaba produciendo en su tiempo.

Afirmamos, pues, en base a todo lo expuesto que consideramos interpolado D. 30. 1., pero que no creemos sea un fragmento de total invención de los compiladores.

#### IV. FIGURAS SINGULARES DE FIDEICOMISOS.

##### 13. El fideicomiso de herencia.

Hasta aquí, en esta evolución, hemos venido hablando del fideicomiso en general, desde sus orígenes hasta que se produjo la definitiva fusión de regímenes con el legado en época justinianea.

Para completar este panorama sucintamente expuesto, vamos a hacer referencia a continuación a algunos tipos concretos de fideicomiso los cuales, unos más y otros menos, tuvieron su importancia en el mundo romano.

El fideicomiso universal o de herencia -fideicomissum hereditatis-, consistía, como es sabido, en el encargo realizado por el causante al heredero en el sentido de que una vez que éste hubiese aceptado la herencia, restituyese (98) la misma o una cuota parte de ella a otra persona que el causante le indicaba. Refiriéndose a él Gayo nos dice: "Cum -

---

(98). Nos han llamado la atención los términos utilizados por los juristas romanos para indicar la entrega que debe hacer el fiduciario al fideicomisario: restituere, restitutio hereditatis, etc. Y nos llaman la atención porque las acepciones de estos términos en castellano hacen siempre referencia a una situación anterior: "de volver una cosa a quien la tenía antes", "restablecer una cosa", "regresar a uno al lugar de donde había salido" (vid. restituix - en Casares, J., Diccionario ideológico de la lengua española, Barcelona 1957, y en la relación fiduciario-fideicomisario, a nuestro parecer, no sucede esto.

La explicación jurídica que más podría convencernos iría por el camino de distinguir entre cuando adquiere el derecho al fideicomisario (dies cadens) y cuando en realidad se consolida tal derecho. El fideicomisario adquiere derecho a la herencia, en los fideicomisos puros, desde la muerte del testador (dies cadens), pero en realidad este derecho no se consolida hasta que el fiduciario le hace efectiva entrega del objeto u objetos en que el fideicomiso consiste. En los fideicomisos sometidos a condición no adquiere el derecho al fideicomisario hasta que ésta se cumpla, y no lo consolidará hasta que se efectue la entrega. Como el fideicomisario ya ha adquirido el derecho (desde el dies cadens) podríamos ver en la entrega efectuada por el fiduciario, forzando un poco la acepción castellana, una restitución.

Por otra parte también es posible que restituere, restitutio, tuviesen en latín acepciones más amplias que las castellanas que podrían abarcar el significado entregar. Una de las acepciones de -

icitur acrisarimus: LUCIUS TITUS HERES ESTO. nossumus adicere: RODO. -  
TE. LUCI TITI. PETOQUE A TE. UT CUM PRIMUM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADI-  
RE. QUAO MEIO REDDAS RESTITUAS. Passimus autem et de parte restituenda.  
RODARE..." (99).

Esta variedad de fideicomiso nos recuerda a aquella modalidad de legado denominada legatum partitionis por el que se confería al legatario una parte de la herencia (100) otorgando al legatario frente a los herederos un derecho de crédito, que fue utilizado en los últimos tiempos.

(Continuación nota 98). la partícula "re" es "movimiento en sentido contrario que destruye lo que ha sido hecho" (vid. "re", en Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots, - por A. Ernout y A. Meillet, 4ª ed., 2ª tirada, Paris 1967, que en lo que a nosotros concierne podemos interpretarlo (en relación con "instaurare": "... en la época imperial ese sentido (restaurar, recomenzar) parece incoercible con el prefijo in; así a instaurare le sustituye en esta acepción restaurar, (después restituir, instituir) que no aparece atestigüado antes de Tácito...": Vid. Ernout y Meillet, op. cit. ver instaurare) de la siguiente forma: "Movimiento en sentido contrario" será el del fiduciario al entregar la herencia al fideicomisario; "... que destruye lo que ha sido hecho" la institución de heredero o el beneficio del legado quedan vacíos de contenido al tener el heredero o legatario fiduciarios que entregar, restituir en este sentido, el montante de la herencia o legado al fideicomisario.

Entre los diccionarios de uso mas corriente, el Latino-Español, - Español-Latino, de Valbuena, 20ª ed. bajo la dirección de M.D.P. Martínez López, Paris-Méjico, 1926, da a una de las acepciones de restituit el siguiente significado. "Dig.: entregar (lo que se tiene por fideicomiso), dar (lo que es debido). En el Nuevo diccionario latino-español etimológico de Raimundo de Miguel y el Marqués de Morante, 2ª ed., Madrid 1943, de restituit se dice en una de las acepciones: "Dar, entregar, devolver, restituir".

Ante lo expuesto, nos inclinamos a creer que los juristas romanos cuando emplean restituit, restitutio, etc., lo hacen en el sentido de entregar, dar, más que en el de restituir tal como actualmente lo entendemos, aunque en esta acepción, teniendo en cuenta el argumento dicho al principio, que consideramos forzado, también hubiera sido posible.

(99) Gajo II, 250. En términos parecidos I.2. 23.4.

(100) Ulpiano Ep. XXIV, 25: Sicut singula res legari possunt ita unius personae cuiusque summa legari potest. ut puta hoc modo: HERES MEUS CUM TITIO HEREDITATEM MEAM PARTITO DIVIDITO: quo casu disidia - para honorem legata videtur. Potest autem et alia pars. vel tertia vel quarta. legari. Quae species partitio appellatur". Vid. -

pos de la República (101).

Tenemos que pensar que una vez que se dotó al fideicomiso de eficacia jurídica, la mayor parte de las disposiciones indirectas a título universal serían hechas por medio de este instituto que, además de las ventajas que ofrecía frente al legado en cuanto a la persona del beneficiado, -las mujeres podían evitar los inconvenientes de la *lex Voconia*, los latinos las limitaciones que les afectaban, las personas inciertas etc.-, proporcionaba la libertad de forma característica de las disposiciones fideicomisarias (102).

Señala, acertadamente a nuestro parecer, Cuz (103) que esta modalidad de fideicomiso proporcionó un medio para eludir la regla *agnal heres - agnatus heres*, regla muy ventajosa para los acreedores de la herencia - pues creaba una situación clara, exenta de complicaciones; pero también llevaba al sello del derecho antiguo, al rigor y la inflexibilidad. Hace Cuz una reflexión sobre la sociedad romana de fines de la República, tiempo en que un testador podía tener múltiples intereses que atender y para el que este rigor de la regla antes enunciada podía suponer un obstáculo para el cumplimiento de su voluntad (104).

(Continuación nota 100) tb D. 25.6.39, pr., Iavoleno l ex post. Lab., y D. 30.26.2., Pomponio § ad Sab. Para las diferencias entre Legatum Partitionis y el Fideicommissum Hereditatis, vid. Biondi, *Suggerazioni testamentariae. Donazioni*, pag. 477-78.

(101) También de los últimos tiempos de la República es la primera noticia que tenemos del fideicomiso de herencia, recogida por Cicerón en *De finibus bonorum et malorum*, II, 17: *Maxima adesse P. Sestilio Rupo, cum in rem ad amicos ita deferret, ut sine herede Q. Fadio Gellio, cuius in testamento scriptum esset, ea ei ex rogatus ut omnia hereditas ad Clitum perveniret. Id Sestilio factum non valuit, poterat autem iuvare, cuius cura redeverat*

(102) Cfr. Arangio-Ruiz, *Institutioni di Diritto Romano*, pag. 574.

(103) Cuz, *Manuel des Institutions...*, pag. 793-794.

(104) Cita Cuz varios ejemplos extraídos de las fuentes en los que se aprecian estas necesidades: Un padre que quiere confiar a un amigo sus bienes antes que a un tutor, para que se les restituya a su hijo cuando tenga edad de administrarlos últimamente, D. 36.1, 48 (46), Iavoleno II epist.; D. 36.1, 80 (78) 2, Scaevola 21 Dig. D. 36.1.76 (74), 1. Un padre que desea dejar su sucesión a un representante de una rama de su familia con el encargo de restituir a otra persona si el heredero muere sin posteridad, D. 36.1.26 (25)

Y este obstáculo podía ser salvado con el fideicomiso de herencia. Pero el hecho de evitar el rigor del ius civile no quiere decir que en esta modalidad estuviese exenta de dificultades. El sistema, en principio parece sencillo. El instituido heredero con un encargo de esta especie, una vez aceptada la herencia, transmitía ésta o la parte correspondiente al fideicomisario. Pero, ¿cómo se efectuaba esta transmisión? Hay que tener en cuenta que para el ius civile y en virtud de la regla general heras semper heres, el heredero continuaba siendo el fiduciario y - que, por lo tanto, debía responder de las cargas que gravitaban sobre la herencia al igual que actuar en beneficio de ella, aunque ya hubiese efectuado la transmisión al fideicomisario.

Gayo nos refiere la solución arbitrada en los primeros tiempos para evitar estos inconvenientes (105). Nos dice que en esta época el fideicomisario se colocaba en el lugar de un comprador, puesto que solía verse la herencia formulariamente por una moneda a aquél a quien se regitula, interponiéndose entre el heredero y el fideicomisario las mismas estipulaciones que suelen interponerse entre el comprador y el vendedor de la herencia. También nos relata Gayo en el mismo lugar la forma en que se llevaban a cabo estas estipulaciones. El heredero estipulaba del fideicomisario que éste no le reclamaría lo que él a título de tal heredero había sido condenado a pagar, ni lo que por otra causa hubiese dado con buena fe, y que en caso de ser perseguido por un tercero por una deuda de la herencia, el fideicomisario le defendería debidamente. El fideicomisario, por su lado, estipulaba del heredero que si éste conseguía algo que perteneciese a la herencia, se lo restituiría y le facilitaría el ejercicio de las acciones de la herencia a título de procurador o de representante formal.

La jurisprudencia, recurriendo al expediente de la venta ficticia, evitó algunos de los inconvenientes que esta situación creaba. El fidei-

(Continuación nota 104) 2, *Juliano* 39 Dig.; D. 36.1.33 (32), *Celsus* 20 Dig.; D. 36.1.64 (62), *pr.*, *Scaevola* 4 Resp.; D. 36.1.79 (77) y D. 36.1.80 (78), 5., *Scaevola* 20 y 21 Dig.

(105) Gayo II, 252

comisario, como hemos visto, compraba al heredero fiduciario por el - precio imaginario de una moneda el caudal hereditario que le había sido dejado por el causante. Para las cosas corporales el medio de transmisión utilizado era una mancipatio hereditatis y para las incorporales como créditos y derechos, eran empleadas las estipulaciones en el sentido que Gaye nos ha referido (106).

Pero con el sistema de la venta imaginaria no se obviaban todos los problemas que podían surgir puesto que el heredero, a pesar de tener - más segura su situación, seguía siendo heredero, por lo que se vería - molestado por todos los asuntos referentes a la sucesión del causante sin, en caso de fideicomiso de restitución de toda la herencia, obtener ningún beneficio; y éste por no hacer referencia a los posibles - problemas que podrían también surgir en las relaciones heredero - fiduciario - fideicomisario, por no cumplir éste lo estipulado, insolvencia del mismo, etc.

Y esta situación es la que se trató de resolver con la intervención del Senado. Dos senadoconsultos se dieron con incidencia directa sobre estos problemas.

El primero de ellos es el senadoconsulto Trebelliano, (107) de la época de Nerón, fechado el 25 de Agosto del año 56. (108). También es -

(106) Cfr. Cuz Manuel des Institutions..., pag. 794.

(107) Un estudio histórico-jurídico completo del Senadoconsulto Trebelliano y de los problemas que comporta su análisis puede encontrarse en Bartosch, Il senato consulto Trebelliano, Scritti Pubblicazioni Ferrini, III, pag. 308-336. De la pag. 308 a la 325 dedica Bartosch a los problemas concretos de este senadoconsulto y a otros temas. Trata de su naturaleza jurídica, su contenido, carácter de las acciones que de él se derivan, competencia de los magistrados en su aplicación, relaciones con el senadoconsulto Pegasiano, restitución de la herencia, frutos de la herencia restituida, posición procesal del fiduciario y del fideicomisario, fideicomiso de familia, fideicomiso de residuo, substituciones, camino recorrido por el fideicomiso hasta nuestros días. - Desde la pag. 325 a la 336, tomando como base el Index Interpolationum hace un estudio de los fragmentos que hacen referencia a este senadoconsulto.

(108) La fecha, como se ve, es dada con exactitud. Noticias no faltan en las fuentes para poder hacerlo así. Ulpiano, en D.36.1.1.1 -

es Gayo el que nos refiere las innovaciones introducidas por este senadoconsulto. Dice Gayo (109) que en virtud de este senadoconsulto, si se restituía la herencia a título de fideicomiso, se daban en pro y en contra del fideicomisario las acciones que por derecho civil correspondían en pro y en contra del heredero, por lo cual dejaron de practicarse las antiguas garantías (se refiere a las estipulaciones a las que ya hemos hecho referencia). En efecto, continúa diciendo, el pretor empezó a dar acciones útiles en pro y en contra del fideicomisario como si fuera en pro y en contra del heredero, y tales acciones se proponen en el edicto.

Las más importantes de estas acciones concedidas por el pretor al fideicomisario en virtud del senadoconsulto Trebelliano es la denominada actio hereditaria fideicommissaria de la que más adelante hablaremos.

El heredero fiduciario continuaba siendo heredero formalmente, pero el fideicomisario adquiría una posición similar a la suya. Así nos lo

(Continuación nota 108) nos dice: Factus est enim senatus consultum temporibus Heronis octavo calendae septembris Annæ Senecæ et Trebellii Maximo consulibus... Gayo II, 253: Sed posteribus temporibus Trebellio Maximo et Annæ Senecæ consulibus senatus consultum factum est...; no nos dice Gayo que fuese en tiempos de Nerón; pero Justiniano en I.2.23.4., se separa un instante en su relato de las Instituciones de Gayo, que en esta parte son claramente su modelo, para introducir una frase en la que consta que este senadoconsulto se hizo en tiempos de Nerón: Et in Heronia quidem temporibus Trebellio Maximo et Annæ Senecæ consulibus senatus consultum factum est. Sabiendo en que año fueron consules Trebellio Maximo y Annæ Senecæ, tendremos la fecha exacta del senadoconsulto. En el año 56 p.C. fueron consules epónimos Q. Volusius Saturninus y P. Cornelius Scipio (vid. Clinton, Fasti Romani, the civil and literary chronology of Rome and Constantinople from the death of Augustus to the death Justin II, Oxford 1845, (reimpresión New York s/f), I, págs. 38-39, II, pág. 182). Este mismo año fueron consules suffecti Trebellius Maximus y Annæ Senecæ (Vid. Pauly-Wissowa, Real-Encyclopædie, 6.2, cols. 2265 y 2266 vos Trebellius (13) y bibliografía allí citada).

(109) Gayo II, 253. En igual sentido, I.2.23.4. El contenido de este fideicomiso lo recoge Ulpiano en su libro III de fideic., fragmento que aparece en D. 36.1.1,2.

dice Gayo (110): "... in verum, qui recinit hereditatem, aliquando hereditas loco est..."

También como consecuencia de este senadoconsulto, ya lo vimos antes, el pretor concedió actiones utiles en favor y en contra del fideicomisario. Cuando los acreedores de la herencia se dirigían contra el heredero fiduciario, el pretor le esparaba con una exceptio restitutio hereditatis con la cual podía rechazar la acción contra él dirigida, pues en base al senadoconsulto Trebelliano, al haber transferido el fiduciario la herencia al fideicomisario, también le transfería todas las acciones activas y pasivas. (111) El fiduciario, sin embargo, conserva ciertos derechos que no son transmisibles, como los iura regulorum y la actio operaria. (112)

Pero las innovaciones introducidas por el senadoconsulto Trebelliano a pesar de simplificar y clarificar la situación, no resolvían todos los problemas al fideicomisario, pues seguía dependiendo de la voluntad del instituido heredero con el encargo de transmitir la herencia al aceptar ésta o el no aceptarla. Y aunque muchos herederos fiduciarios, una vez solventadas por el senadoconsulto las primitivas dificultades y una vez asegurada en cierta medida su situación, aceptarían la herencia y efectuarían la transmisión para dar cumplimiento a la voluntad del causante, otros, ante el poco interés económico que para ellos se desprendería de este hecho, optarían por no hacerlo, con lo que las expectativas del fideicomisario quedarían defraudadas.

Y a esto vino a poner remedio el segundo de los senadoconsultos a que nos hemos referido, el senadoconsulto Pegasiano.

(110) Gayo II, 251. En igual sentido, I.2.23.3. Milone, en op. cit. - pag. 45, dice que el fideicomisario en estos casos es un quasi heres.

(111) Vid. D.36.1.1,4 y D.36.1.28 (27), 7.

(112) Postura que mantiene Cuq en op. cit. nota (2) pag. 795.



Según la explicación de Gayo como los herederos instituidos, a los que generalmente se rogaba la restitución de toda o de casi toda la herencia, se negaban a aceptar la misma por el escaso o nulo lucro que de ella iban a obtener, quedaban por ello sin efecto los fideicomisos, y el Senado decidió, en tiempo de los cónsules Pegasio y Fusión, que el heredero pudiese retener una cuarta parte con el mismo derecho que tenía en virtud de la ley Falcidia cuando se trataba de legados. El mismo derecho de retención existiría cuando el fideicomiso se refiriera a cosas singulares (113).

Pero no se detuvo el senadoconsulto Pegasiano estableciendo esta especie de acicate para el fiduciario remiso. Si a pesar de este estímulo económico aún había quien se resistiera a efectuar la adición de la herencia, el fideicomisario podía pedir al pretor que le obligase a aceptarla y restituírsela. Así nos lo refiere Gayo (114). Si el heredero instituido se niega a aceptar la herencia diciendo que sospecha le sea perjudicial, está dispuesto en el senadoconsulto Pegasiano que, a petición del fideicomisario, la acepte y restituya por orden del pretor dándose entonces las acciones en pro y en contra del fideicomisario como ocurre en el senadoconsulto Trebelliano.

(113) Gayo II, 254. En igual sentido, I.2.23.5. También en este fragmento de las Instituciones de Justiniano se aprecia una ligera diferencia con respecto al relato de Gayo en el sentido de que este último se limita a citar a los cónsules Pegasio y Fusión, y, sin embargo, las Instituciones de Justiniano nos sitúan a éstos bajo el imperio de Vespasiano (69-79 p.C.) Nos ha sido imposible averiguar en qué año fueron cónsules Pegasio y Fusión; desde luego debieron ser *consules suffectii*, puesto que los epónimos del período de gobierno de Vespasiano están todos localizados. Vid. en este sentido Clinton, op. cit., II, pag. 182-183. Algunos romanistas apuntan la posibilidad de que el autor de este senadoconsulto fuese el jurista Pegaso, el cual desarrolló gran parte de su actividad bajo Vespasiano. Pero solo lo apuntan como posibilidad, sin aducir argumentos decisivos en este sentido. Vid., p.e. Krüger, P., *Historia, fuentes y literatura...* pag. 144; Biondi - *Sucesiones testamentaria...* pag. 483, nota (3).

(114) Gayo II, 256. En el mismo sentido, I.2.23.6

(115) Gayo II, 254 a 259. En el mismo sentido I.2.23. 5 y 6.

Como vemos, este senadoconsulto adoptó dos tipos de medidas: a) las encaminadas a proporcionar un lucro al fiduciario, y b) las encaminadas a asegurar al fideicomisario el cumplimiento de la voluntad del causante mediante la posibilidad de obligar al fiduciario a adir la herencia y a restituir.

Pero este senadoconsulto, aparte de estas ventajas, desde luego no despreciables, vino también a complicar la situación sobre todo en la compaginación entre lo dispuesto por él y por el Trebelliano.

Cayo también trata de explicar las relaciones entre ambos senadoconsultos (115).

Nosotros aquí vamos a seguir la exposición que hace Cuq (116) por parecerse ésta clara dentro de la complicación del tema. Este autor, en el deseo de determinar nítidamente las relaciones respectivas entre fiduciario y fideicomisario, distingue varias hipótesis que podemos resumir en el siguiente esquema:

a) Adición voluntaria de la herencia

Periodo anterior a la restitución.

Periodo posterior a la restitución.

b) Adición forzosa.

Si el heredero fiduciario adiere voluntariamente la herencia al fideicomisario, hasta la restitución, solo tiene contra él un derecho de crédito. El fiduciario es tratado a todos los efectos como un heredero; debe pagar a los acreedores y hacerse pagar por los deudores de la herencia. Esto aparece con claridad en dos fragmentos aducidos por Cuq, uno de Juliano 40 dig., recogido en D. 36.1.28 (27), 7. "... sed ante-

(116) Cuq, F., op. cit., page. 795 y ss. Otra exposición completa del fideicomiso universal o de herencia latuce Voci: Diritto hereditario... II, page. 344 a 368. Vid. tb. Biondi, Successione testamentaria, cit. page. 477-1,99.

(117) Torrent, Fideicomissum familiae relictum, pag. 69

quam restitueretur hereditas, exceptioque aliqua heres adiuvandus non -  
est: cum hoc minus ex causa fideicommissi sit restitutum, y otro de -  
 Modiano 8 Quaest. de fideic., que aparece en D. 46.3, 104. Ante resti-  
tutionem hereditatem solutiones et liberationes factae ab herede ratae ha-  
beantur".

Según Torrent, (117), Modiano recoge fielmente en este texto el pagamiento clásico. Con arreglo a él, el heredero fiduciario, tiene la plena disponibilidad de la herencia.

Las deudas y los créditos que el fiduciario tuviese en favor y en contra del causante, se extinguen por confusión, y lo mismo ocurre con los derechos reales que tenía sobre los bienes del difunto o que el difunto tuviese sobre los suyos. Sin embargo, no puede el fiduciario sin comprometer su responsabilidad, disponer discrecionalmente de los bienes que está obligado a restituir; debe conservarlos con el mismo cuidado que pone en sus asuntos y no puede hacer más que las enajenaciones recomendadas por una sensata administración.

En cuanto a los frutos de los bienes hereditarios, pertenecen exclusivamente al fiduciario si el causante no ha decidido otra cosa. Así consta en un texto de Ulpiano 15 ad Sab., recogido en D. 36.1.19 (18), pr. In fideicommissaria hereditatis restitutione constat non venire -  
fructus, nisi ex mora facta est aut cum causa specialiter fuerit roma-  
tus et fructus restituere. Concluye Ouy este apartado diciendo que los frutos son el único provecho que al fiduciario le procura la sucesión (118).

---

(118) En realidad Ouy no acaba el estudio de esta fase tratando de los frutos sino de los derechos de fiduciario cuando el fideicomiso tiene por objeto lo que queda de la herencia a la muerte del fiduciario (honorum superfluum). Nosotros consideramos esta modalidad como diferente al fideicomiso de herencia. Es lo que se conoce como fideicomiso de residuo o fideicommissum eius quod supererit, - que tendrá un tratamiento independiente.

Por lo que se refiere al período posterior a la restitución de la herencia, el senadoconsulto Trebelliano modificó ciertamente las condiciones y los efectos de la restitución. Esta se operaba por una simple convención, expresa o tácita, entre el fiduciario y el fideicomisario. Y esta convención, según Cuq, tenía aquí una eficacia que de ordinario no es admitida para un simple pacto, pues transmite al fideicomisario la propiedad de los bienes del difunto independientemente de toda tradición, e igualmente le transmite los créditos y los derechos hereditarios. -- (119) Así, en D. 36.1.65, pr., Gayo nos dice: Facta in fideicommissarium restitutio statim omnes res in bonis sunt sine. cui restituta est hereditas. et si nondum servus pactus fuerit possessionem. (120)

Esta postura de Cuq no fue admitida por Biondi (121) para quien la restitución concebida de esta forma no tiene carácter traslativo puesto que una declaración con este contenido no tiene esa eficacia en ninguna época del derecho romano.

Estamos de acuerdo con Biondi en que en ninguna época del Derecho Romano, y menos aún en la clásica, de las convenciones realizadas inter vivos pudiesen surgir efectos de transmisión.

En el supuesto que nos ocupa, en apariencia se trata de una convención inter vivos fiduciario-fideicomisario, pero que tiene su origen en la sucesión. Tampoco debemos olvidar que el fideicomisario dotentará una posición similar a la del heredero -heredis loco, quasi heres-, y que por lo tanto sus relaciones con el fiduciario no pueden verse como unas normales relaciones inter vivos, sino siempre dentro del marco del derecho de sucesiones.

(119) Vid. Arias Ramos, y Arias Bonet, "Derecho Romano", 15 ed., Madrid 1979, pag. 822. Aquí se admite también que el senadoconsulto Trebelliano "dispuso que tanto la propiedad de las cosas de la herencia como los créditos y obligaciones, pasasen al fideicomisario sin necesidad de que fueran siendo transmitidos por el fiduciario llevando a cabo singulares negocios jurídicos de traspaso y celebrando estipulaciones, sino en virtud de la simple convención de ejecución del encargo". Vid. tb. Voci, Diritto ereditario, II, 2, pags. 359-60.

(120) En sentido similar, un fragmento de Ulpiano 16 ad edic. recogido en D. 36.1.38 (37).

(121) Biondi, Successione testamentaria..., pag. 488 y ss.

Por el senadoconsulto de Trebelliano, como ya vimos, el fideicomisario ejerce como acciones útiles las acciones del difunto. Es perseguido utiliter por los acreedores hereditarios. El pretor, en su edicto, completó esta innovación prometiendo al fideicomisario una acción análoga a la hereditatis petitio, la fideicommissaria hereditatis petitio a la que nos hemos referido. De esta acción nos dan noticia dos fragmentos del Digesto, uno de Ulpiano 16 ad edic. y otro de Paulo 20 ad edic. El primero, D. 5.6.1., dice: Ex ordine currit actio eius promissa hic, cuius restituta est hereditas, non cuiusvis suorum restitutum hereditatem ex senatus consulto, ex quo actiones transeunt, fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit...; el segundo, complemento del anterior, en D. 5.6.2. ... cuius actio eadem recedit, cuius hereditatis petitio civilis. (123).

Para Cay, en ningún caso la restitución podía tener lugar antes del tiempo o antes del cumplimiento de la condición fijada por el difunto, y hasta ese momento no se daban las acciones ni a favor ni en contra del fideicomisario. Así consta en D. 36.1.10., Cayo 2 de fideic.

A partir de la restitución, los derechos reales que el fiduciario tenía sobre los bienes del difunto y que por confusión se habían extinguido, reviven. No ocurre lo mismo con los créditos o las deudas; sin embargo, el fiduciario está autorizado a retener de los bienes que tiene que restituir el importe de lo que se le debe. Por su parte el fideicomisario le exigirá el pago de sus deudas con el difunto.

(123) Hemos apreciado lo que suponemos una errata al tratar de esta acción y de la posición del fideicomisario en Ricca, *Successione testamentaria*... En la 1ª edición, Milán 1943, page. 482-83, habla del fiduciario cuando en realidad debería decir fideicomisario, cuando afirma "... quando il pretore, acconto alle singoli azioni ereditarie utili, accorpo al fiduciario la hereditatis petitio fideicommissaria, sostanzialmente analoga alla hereditatis petitio dell'erede civile..." Más adelante dice: "Il fiduciario, pertanto, iura pretorio, si venne a trovare nella stessa situazione dell'erede..." En la 2ª ed., Milán 1955, además de estos errores apuntados, aparece otra errata que no está en la 1ª ed. En ésta se dice en pag. 482, "... il fedecommissario si viene a trovare nella situazione non più di acquirente dal fiduciario, ma di successore del defunto..." en la pag. 480 de la 2ª ed., se dice: "... il fedecommissario si trova nella situazione non più di acquirente dal fiduciario, ma di successore del defunto...", lo que

Desde que apareció el senadoconsulto Pegasiano, la situación respectiva de fiduciario y fideicomisario se modifica en el caso en que el fiduciario esté encargado de restituir toda la herencia o una fracción superior a las tres cuartas partes de la misma. El fiduciario que tiene derecho a la cuarta, continúa siendo heredero; pareció imposible quitarle este título desde el instante en que se le concedió el derecho reservado por la Falcidia a los herederos. Desde entonces, es el único representante del difunto con respecto a los acreedores y a los deudores hereditarios. El fideicomisario que sufre la detracción de la cuarta ya no está considerado heredis loco, sino legatarii loco, como el beneficiado con un legatum partitionis, (124) y por consiguiente se deberán interponer entre el fiduciario y él las estipulaciones partis et pro parte. El fiduciario que renuncia a la cuarta no por ello deja de ser heredero y deberá llevar a cabo con el fideicomisario las estipulaciones sentas et venditas hereditatis. Así consta en Gayo II, 257 y Ulpiano Reg. XIV, 4.

Si, por el contrario, el fiduciario ha sido encargado de restituir una fracción de la herencia inferior a las tres cuartas partes, se siguió aplicando el senadoconsulto Trebelliano; la situación del fideicomisario es de heredis loco. Se conceden las acciones en parte al fiduciario y en parte al fideicomisario, a uno por el derecho civil y al otro por el senadoconsulto Trebelliano; los bienes corporales están en una situación de pro indiviso; el fideicomisario puede pedir la partición mediante una actio familiae erciscundae útil (125)

Tratándose de edición formosa las normas que rigen son diversas. Cuando el fiduciario es obligado a edificar la herencia, no puede retener nada de la misma; ni siquiera tiene derecho a la cuarta. Un fragmento de —

(Continuación nota 123) evidentemente, no tiene sentido. En la traducción española de Manuel Falcón, Barcelona 1960, págs. 494-95, se recogen todos estos errores apreciados en la 1ª y 2ª edición italiana.

(124) Gayo II, 252.

(125) Cfr. Gayo II, 255. Vid. los problemas que se plantean en torno a esta acción en Bartosch, El senadoconsulto Trebelliano, loc. cit. págs. 316-317.

Africano (6 quasi.) recogido en D. 36.1.29 (28), 2., hace referencia a ello. Pero el fiduciario no debe sufrir ningún perjuicio en razón de la adición que se le ha obligado a hacer; en este sentido, un fragmento de Juliano (40 dis.) recogido en D. 36.1.28 (27), 15.

En cuanto al fideicomisario, está aquí heredus loco y recibe todo el provecho de la sucesión. Si no tiene derecho mas que a una parte de la herencia se aprovecha, por derecho de acrecer, de la parte que el fiduciario hubiese recibido en caso de aceptar la herencia voluntariamente. Puede también, como lo hubiese hecho el heredero, invocar la lex Falcidia frente a los legatarios.

Y este régimen continuó así hasta que Justiniano le modificó intentando simplificar y clarificar situaciones.

El alcance de esta reforma se nos muestra en I.2.23.7, donde Justiniano no nos dice que deroga el senadoconsulto Pegasiano. En realidad lo que hizo Justiniano fue una fusión de los regímenes establecidos por los dos senadoconsultos. Se aprovechó, según Huvelin, (126) lo mejor de cada uno de ellos.

El fideicomisario pasó a ocupar, en todo caso, la posición de heredero, -heredus loco-, y como tal a él competían las acciones hereditarias.

Pero, y aquí es donde Justiniano aprovechó lo ventajoso del régimen del senadoconsulto Pegasiano, el fideicomisario podía seguir instando al magistrado para que obligase al fiduciario a adir la herencia en caso de que éste se resistiese a ello. Y por su parte, el fiduciario que hiciese la adición voluntariamente, conservó el derecho a detraer la cuarta.

Ya en el Digesto, los compiladores tuvieron en cuenta esta fusión de regímenes de los dos senadoconsultos, así como la equiparación llevada

---

(126) Huvelin, Cours élémentaire du droit romain, Paris 1927, pag. 735.

a cabo entre legados y fideicomisos, y por ello se evitaron las menciones al senadoconsulto Pegasiano, contemplando toda la materia bajo el punto de vista del nuevo régimen establecido. Por la misma razón, en los textos que hacían referencia a la cuarta Pegasiana que podía detraer al heredero fiduciario, fue modificada esta mención y substituida por la de la cuarta Falcidia a tenor de la fusión de regímenes realizada.

#### 14. El Fideicomiso de residuo.

Vamos a hacer referencia en las páginas que siguen al fideicomiso que en las fuentes romanas se denomina de ex quod supererit, si quid supererit, sius quod supererit, y que modernamente es conocido con el nombre de fideicomiso de residuo (127).

Como todo fideicomiso consiste en un ruego que el fideicomitente realiza al fiduciario en orden al destino que debe dar a las cosas que éste recibe de aquél. Pero se diferencia de los demás en que aquí el fiduciario no tiene que restituir todo lo que ha recibido, o una parte de ello sino sólo lo que a su muerte quede, permanencia de esas cosas que le llegaron del causante.

---

(127) Los estudios más completos acerca de este tipo de fideicomiso - los hemos encontrado en juristas contemporáneos cuando tratan de encontrar los antecedentes de las denominadas cláusulas de residuo. Vid. entre ellos, Clemente de Diego, F. El fideicomiso de ex quod supererit en el derecho Romano, Universidad Central, discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1926 a 1927; y Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo, Madrid, 1926, págs. 27 a 41. González y Martínez, J. El fideicomiso de residuo, en Revista crítica de derecho inmobiliario, Noviembre de 1926, pag. 821, y también en Estudios de Derecho Hipotecario III, Madrid 1948, págs. 372 a 385. El autor en este artículo hace un resumen del discurso de Clemente de Diego. Font Boix, y Esperanza Martínez Radio, El fideicomiso de residuo ex quod supererit y si quid supererit, en Estudios de Derecho Privado II, Madrid 1965, págs. 559-587. González Palomino, Enajenación de bienes pseudo-usufructuarios, en Estudios jurídicos de arte menor II, Pamplona 1964, págs. 376-78. Vid. también en relación con el fideicomiso de residuo, Arndts, Trattato delle Pandette, versión italiana de Filippo Seraffini, III, Bolonia 1879, págs. 314-315.



Es Clemente de Diego (128) el que hace una sugerente puntualización en orden a los afectos que priman en el causante en ese tipo de fideicomiso en relación con el fideicomiso puro. Es evidente -y en esto estamos de acuerdo con Clemente de Diego- que en el fideicomiso puro el afecto del causante se inclina más a favor del fideicomisario. El fiduciario puede ser considerado como un instrumento para el cumplimiento de la voluntad del causante y hasta que por el *senadoconsulto Pegasiano* no se le permitió la deducción de la cuarta, podía, en los casos - de fideicomiso de herencia, no verse favorecido ni gratificado por esta labor de mediación que realizaba.

En el fideicomiso de residuo podemos decir que sucede lo contrario. El afecto del causante va dirigido más directamente al fiduciario, primordialmente al fiduciario, ya que puede disponer de las cosas recibidas y el resto de ellas de las que no hubiese dispuesto, pasarían al fideicomisario en el momento de la muerte del fiduciario. Es, efectivamente, un afecto compartido al que gozan el fiduciario y el fideicomisario, pero a nuestro modo de ver con una clara preferencia y predilección por el fiduciario. Y esta preferencia por el fiduciario podemos considerarla como uno de los elementos que diferencian al fideicomiso de residuo del fideicomiso puro.

Fundamentalmente de los casos aducidos por Clemente de Diego (129)- y de algún otro conocido por nosotros, hemos extraído algunas conclusiones. Hasta que punto éstas puedan ser extendidas hasta la época romana es otra cuestión. Pero creemos que las situaciones fácticas a las que este tipo de fideicomiso se aplicaba y se aplica en la actualidad, *mutatis mutandis*, no deben diferenciarse mucho.

Nosotros apreciamos en este tipo de fideicomiso, además del afecto demostrado por el causante hacia el fideicomisario al llamarle al posible residuo de las cosas que recibe el fiduciario, un cierto grado de

(128) Clemente de Diego, *op. cit.* pags. 65 y 29-30

(129) Clemente de Diego, *Naturaliza jurídica...*, pags. 14-16

desconfianza, en cierta medida una presión motivada por intereses económicos para que el fideicomisario no desatienda, podríamos decir, afectivamente al fiduciario.

En la práctica, este tipo de disposición mortis causa es la mayoría de las veces utilizado por los matrimonios sin hijos. Uno de los cónyuges instituye heredero de todos sus bienes al otro con las facultades inherentes a la condición de tal y hace un segundo llamamiento a uno o a varios parientes próximos para que accedan, a la muerte del fiduciario, a los bienes que queden en su patrimonio cuya procedencia sea del cónyuge premuerto.

En los casos conocidos por nosotros los problemas se planteaban siempre ante la ingratitud de los parientes llamados en segundo lugar hacia el fiduciario. Era en estos casos cuando el fiduciario intentaba hacer el más amplio uso posible de la facultad de disponer que le había concedido el causante. ¿No se puede pensar que si estas situaciones de ingratitud no se hubiesen dado el fiduciario solo hubiera dispuesto en caso de necesidad? ¿No puede pensarse que el evitarle motivos al fiduciario para que haga uso de esta facultad serviría de acicate a los fideicomisarios para no desatender "afectivamente" al mismo? Es una mezcla de intereses y afectos que, independientemente de su valoración moral, en ciertos tipos de sociedades ha podido tener resultados prácticos: la no desatención del heredero fiduciario en sus últimos días.

Es indudable también que en la mente y en la voluntad del causante está el deseo de que esos bienes de los que deja amplias facultades de disposición al fiduciario, en caso de que exista alguno a la muerte de éste, pasen a los miembros de su familia que él designa. Se ve en ello la intención de que no salgan del ámbito familiar del causante. No en vano el causante llama a estos parientes, y debemos pensar que si los llama es para algo, no para verse defraudados por la posible disposición total efectuada por el fiduciario.

¿Cómo resolvieron los romanos esta contradicción entre los intereses del fiduciario y los del fideicomisario? ¿Qué soluciones idearon para

que la voluntad del causante que contempla, aunque sea con diferentes afectos, a dos beneficiarios, se vea cumplida?

Las soluciones fueron diferentes según las épocas y se basaron en tres criterios:

- 1 - El de la buena fe
- 2 - El arbitrium boni viri
- 3 - La cuarta Falcidia

Basándose en el criterio de la buena fe, el fiduciario podía enajenar una vez aceptada la herencia y hasta el momento de su muerte, siempre que estas enajenaciones estuviesen presididas por la buena fe y no por el ánimo de perjudicar al fideicomisario. A la muerte del fiduciario las cosas objeto de restitución no abarcarían las enajenadas de buena fe.

Este criterio lo expone Papiniano en D.36.1.56 (54) (130) en estos términos: Titius rogatus est, quod ex hereditate supervenisset, Manvia restitueret, quod medio tempore alienatum vel dominum est, ita quandoque pati non poterit, si non intervenerit fideicommissi gratia tale - aliquid factum probetur: verbi enim fideicommissi bonam fidem inesse - constat...

Cuando estas enajenaciones realizadas por el fiduciario no caían en el marco de la buena fe, fue resuelto por los romanos señalando un límite: la ausencia de dolo. Clemente de Diego dice que "hacer uso de una facultad es ejercitarla con modus, civiliter, racionalmente, teniendo en cuenta la voluntad del testador o atemperándose a su voluntad" (131) y para él "el dolo y la mala fe... se manifiestan... cuando el fiduciario quiere substraerse al fideicomiso y revela el propósito de quebrantar la voluntad testamentaria y defraudar las esperanzas del fideicomisario haciendo fracasar el fideicomiso".

(130) Clemente de Diego, en El fideicomiso de eo quod... cita D.36.1.54 pr.

(131) Clemente de Diego, El fideicomiso de eo quod... pag. 70

El segundo criterio, arbitrium boni viri, fue introducido por una - constitución del emperador Marco Aurelio de la que nos da cuenta Papi- niano en D. 36.1.56 (54): "... Divus autem Marcus cum de fideicommissa- ria hereditate cognosceret, his verbis: "quidquid ex hereditate mea su- peraverit, rogo restituas" et viri boni arbitrium inesse credidit..."

Según este criterio, el fiduciario no tendría que restituir las co- sas que hubiese enajenado siempre que hubiese actuado como un bonus vir en la administración de sus asuntos, y, por el contrario, se reputarían hechos en fraude del fideicomiso las enajenaciones que un bonus vir no hubiese realizado. Para Clemente de Diego "el buen varón, el hombre - honrado, es el órgano de la buena fe y de la lealtad, el espejo de - la voluntad de la conducta leal y honesta; el tipo, en una palabra, con arreglo al cual haya de juzgarse el proceder y el obrar del fiduciario y la licitud de la enajenación" (132).

Otro asunto de los tratados por Clemente de Diego es el de la caución que debe prestar el fiduciario al fideicomisario, aportando el fragmen- to antes citado (133) en el que se dice: Propter huiusmodi tractatus. Maevius fideicommissi nomine cautiones exigere debet, quod eo pertinet non ut ex stimulatione petatur, quod ex fideicomisso peti non poterit sed ut habeat fideiussores aius quantitatis quam ex fideicomisso pete- re potuit. La conclusión a la que se llega es a la de que el fiducie- rio debe prestar caución al fideicomisario de residuo asegurándole que en el ejercicio de las facultades que le han sido conferidas sobre las cosas objeto de la herencia actuará según el arbitrium boni viri. En - consecuencia, concluye Clemente de Diego, las cosas enajenadas siguen de ese criterio, son baja en el fideicomiso y no tiene el fiduciario - obligación de restituirlas.

El último de los criterios seguidos trató de superar los inconvenien- tes de los hasta entonces utilizados. Y el principal de estos inconve-

(132) Clemente de Diego El fideicomiso de eo quod... pag. 71

(133) Clemente de Diego cita frag. 5, párrafo 54 tit. 1. libro 36. El fragmento 56 (54) de D. 36.1, no está dividido en párrafos en las ediciones del Digesto manejadas por nosotros.

nientes era su incertidumbre y su vaguedad. Tanto la buena fe como el arbitrium boni viri son criterios susceptibles de diferentes interpretaciones y distinto alcance según como, cuando y quien lo interprete, y como, por quién y cuando se apliquen. Ante esta incertidumbre, fuente de problemas y de inquietudes, surgió un criterio mecánico, de automática aplicación. Encontramos noticias de él en la Novela 108 de Justiniano, De restitutionibus, cap. I ".... sin vero tale sit fideicommissum, quale subiacet, et ea, quae inveniuntur seu remanent in tempore mortis, testator submittat sola in fideicommissum, tunc indefinita - dictum prioribus sub quibus legitima deducere divisione et ordine. Si quis enim haec, aut etiam aliquid tale aliud dixerit, mandamus, ut non ad Falcidiam solum quae institutionis necessitates habere servare possit, qui oneratus est fideicommissi restitutione, et non possit aliquid remanens ex illa minuere, sufficiens existens, sed heredi quidem quatuor - sint tres partes, illi autem quartae solius relinquatur ratio".

El fiduciario puede disponer sin ningún límite de las tres cuartas partes de la herencia y debe reservar una cuarta parte para el fideicomisario. Justiniano aplicó aquí el criterio de la cuarta Falcidia - ya utilizado en otros lugares del derecho hereditario romano. Esa cuarta parte era, en principio, intocable por el fiduciario que debía conservarla y reservarla para la ulterior restitución al fideicomisario.

En el capítulo II de la novela 108 se dan las normas a seguir en caso de que el fiduciario consumiese o enajenase parte de esa cuarta. Dice el emperador: Si tamen aliquid expenderit, habens unde supplere tantum faciat, ex illo supplere quartam, et per nullam causam hanc - minui. Si el fiduciario tiene suficientes bienes con los que completar lo que ha detruido de la cuarta en cuestión, debe completarla con ellos. Pero sigue diciendo el emperador que si el fiduciario hubiese tocado la cuarta y no tuviese otras cosas con que completarla, se concede la acción real y las hipotecarias contra los compradores o contra los que de otro modo reciban las cosas, para que le sea lícito al fideicomisario reintegrarse con la reivindicación de las cosas.

Además, y a no ser que el causante expresamente lo dispensase, el fideicomisario podía pedir caución al fiduciario de que le reservaría no menos de la cuarta parte del caudal hereditario.

En esta misma Novela se enumeran las causas por las que el fiduciario podía disponer de parte o de toda la cuarta reservada al fideicomisario. Estas causas legítimas recogidas en el Capítulo I y en el II eran: -Dar dote o liberalidad sponsalicia no teniendo otros bienes para hacerlo; -Redimir cautivos; e - Indigencia del fiduciario. Esta facultad de disposición debe estar ineludiblemente justificada en una de esas causas a no ser que el testador hubiese expresamente dispensado al fiduciario de conservar la cuarta en cuestión, puesto que en este caso prima la voluntad del causante. Así lo expresa claramente el emperador: Unde et cautionem fideicommissarius debet non minus quarta servare, nisi si in eo testator, sicut in nuntiatio nobis facta, prohibuit. Quia quia in eo testator causam non fideiussionem solum, sed etiam cautionem relaxaverit, non aliter disponere, non est morientis conlocare voluntatem.

Somariva (134) basa la distinción hecha por los juristas entre el fideicomiso de eo quod superavit, con la obligación por parte del fiduciario de respetar la cuarta hereditaria en favor del fideicomisario, y el fideicomiso si quid superavit en el que esta obligación no le es impuesta al fiduciario, en el hecho de que el causante al encomendar al fideicomiso hubiese o no otorgado esta dispensa de conservar la cuarta.

Son pues dos modalidades las que aparecen claramente delimitadas. Normalmente el testador desearía que llegase alguna cosa al fideicomisario, en cuyo caso no autorizaría la disposición. Pero si el causante quería dejar a la voluntad del fiduciario, por los motivos que creyese conveniente, al que llegue algo al fideicomisario, dispensaría al fiduciario del deber de conservar la cuarta, con lo cual, como dice Clemen-

(134) Citado por Clemente de Diego en El fideicomiso de eo quod... pag. 76.

te de Diego, "se hace p-or voluntad testamentaria (iura voluntatis) - plenamente condicional la vocación o llamamiento del fideicomisario; - "y si algo quedara a la muerte del fiduciario, sea del fideicomisario" en cuyo supuesto se trata de un fideicomisario con razón denominado si quid supererit".

Hemos realizado un ligero ap-unto de lo que fue al hoy denominado - fideicomiso de residuo. Podríamos plantear otros problemas que encierra esta figura e desarrollar con más profundidad los aquí ya señalados, pero ello supondría adentrarnos en temas que, aunque de sumo interés, no son el objeto primordial de nuestro trabajo.

#### 15. El fideicomiso tácito.

Los fideicomisos tácitos fueron objeto de una especial atención por parte de los juristas romanos. Hasta nosotros han llegado restos de - dos obras monográficas De tacitis fideicommissis escritas por Gaye y - Paulo, (135) y otros juristas también trataron del tema en otras obras. Este interés por la figura creemos responde a una de las finalidades que se pretendía alcanzar con la utilización de la misma, - que no es otra que la de burlar las prohibiciones establecidas por las leyes caducarias de la época de Augusto (136).

El fideicomiso tácito, en el considerado, consistente en la designación del fideicomisario secretamente y sólo al fiduciario fue válido y estaba permitido por el derecho de la época que estamos estudiando. - Solamente fue perseguido, como dice Arias Ramos (137), "en cuanto combi-

(135) Pudo haber más de las que no nos han llegado noticias.

(136) Vid. en este sentido el art. de Arias Ramos cit., Fideicomisos y leyes caducarias, page. 160 y ss. Además de los comentarios - ad legem Julianam et Papiam señalados por Arias Ramos como padres - paternos de los estudios de los juristas romanos sobre este fideicomiso, el tema fue tratado entre otros por Juliano en los - Digesta (D.30.103), Marcelo, liber singularis responsorum (D.30.123.1), Papiniano, en sus Questiones (D.34.9.11), Callistrato, de iure fisci (D.49.14.1,3) y en las Pandectas de Modestino - (D.35. 2.59,1). Los juristas y las obras indicadas no agotan el número de unos y otras en donde el tema fue tratado.

(137) Art. cit. pag. 160

nado con la incapacitas del fideicomisario, se hace de él un medio para burlar las disposiciones caducarias".

Ya hemos hecho referencia en otra parte de este trabajo a las leyes caducarias de la época de Augusto y como el fideicomiso, en cierta manera, fue utilizado para burlar sus disposiciones. (138) Esta vía de escape ideada por la práctica tuvo vigencia durante algunos años, no sin que el poder, que había tolerado estas actividades tendientes a desvirtuar la eficacia de unas disposiciones de él emanadas (139) reaccionase contra ellas. Ya el senadoconsulto Pegasiano dispuso entre otras cosas que las limitaciones que afectaban en orden a incapacidad de recibir a herederos y legatarios en virtud de las leyes caducarias se aplicasen también a los fideicomisarios.

Tenemos al senadoconsulto Pegasiano como un obstáculo, un freno puesto desde las instancias del poder a los ciudadanos afectados por las leyes caducarias a las que el espíritu práctico romano había burlado mediante el fideicomiso. Y este espíritu práctico también trató de esquivar el último obstáculo que intentaban imponerle. El expediente utilizado fue la modalidad de fideicomiso denominado fideicomiso tácito.

El causante que quería beneficiar en sus disposiciones de última voluntad a una de las personas afectadas por las incapacidades de las leyes caducarias, constituía heredero o disponía un legado en favor de una persona espas encargándole tácitamente restituir todo o una parte de lo que recibía a una de estas personas consideradas incapaces.

Arias Ramos cree "que la posibilidad de burlar los derechos de los interesados en la herencia testamentaria que pudiesen ejercitar el ius caduca vindicandi cuando el fideicomisario fuese un incapaz no sería empresa siempre fácil, ya que éstos tendrían la posibilidad de utilizar

(138) Vid. desde pag. 47 a 57.

(139) No debemos olvidar que aunque las leyes caducarias emanaron de los concilios populares, éstos fueron utilizados por Augusto como un medio para hacer valer su voluntad.



el medio procesal de la interrogatio in iura para determinar como diligencia preparatoria de la vindictio caduca, la persona del fideicomisario (140).

No ponemos en duda que la empresa no fuese siempre fácil, pero indudablemente debió ser una empresa muchas veces acometida y llevada a buen puerto -si por buen puerto entendemos el fraude a las disposiciones de las leyes caducarias y el SC. Pegasiano- cuando siguieron surgiendo disposiciones tendientes a obstruir, paralizar y poner freno a esta puerta de escape que suponía el fideicomiso tácito (141).

Arias Ramos señala como una garantía del cumplimiento del senadoconsulto Pegasiano el interés personal de quien sería beneficiado con los bienes destinados al fideicomisario designado tácitamente al el fideicomiso no llega a realizarse (142). Nosotros vamos a diferenciar tres casos para un análisis más detallado de esta garantía:

- a) El beneficiado con los bienes objeto del fideicomiso tácito, en caso de no realizarse éste, es el mismo fiduciario.

Creemos que en este caso, salvo raras excepciones, el fiduciario no defraudaría la confianza en él depositada por el causante, quien, a su vez, habría puesto en su elección el cuidado necesario para que la persona designada como fiduciario cumpliera su encargo con arreglo a la fides en él depositada. Aquí la garantía que supone ese interés personal sería nula la mayoría de las veces.

- b) El beneficiado con los bienes objeto del fideicomiso tácito, en caso de no realizarse éste, es una tercera persona distinta al fiduciario.

En este supuesto es en donde de alguna manera podría operar esa garantía del interés personal, pero no siempre. Dependería de quien

(141) Disposiciones de Trajano, Antonino Pio, SC. Plauciano, etc.

(142) Art. cit. pag. 160

(140) Art. cit. pag. 160. En torno a la vindicatio Caduca, vid. la monografía de Provera, La Vindicatio Caduca, Turín 1964.

fuese la persona designada como fideicomisario; la relación de esta tercera persona con el fideicomisario y con el causante, y el respeto o no que tuviese a sus disposiciones de última voluntad. Pero es evidente que aquí, en este grupo de personas en donde sería más factible, a diferencia del anteriormente citado que los interesados en la herencia ejercitan el ius caduca vindicandi.

- c) El beneficiado con los bienes objeto del fideicomiso tácito, en caso de no realizarse éste, es el erario público (o el fisco).

Contemplamos aquí el supuesto en el que el erario público (o el fisco), al no existir heredes patres o legatarii patres es quien - por medio del ius caduca vindicandi puede reclamar la parte de la herencia que quedaría sin ser recogida por la persona tácitamente designada por el causante al incurrir ésta dentro de las limitaciones establecidas en las leyes caducarias. No dudamos del interés - del fisco en ingresar en sus arcas estos bienes, pero ¿de qué medios se valdría para estar informado de las situaciones en que tenía lugar un fideicomiso tácito? ¿qué sistema de control tendría que llevar para que en ausencia de heredes patres o legatarii patres - ejercitase el ius caduca vindicandi que le correspondía? Creemos - que en este supuesto la garantía del interés del fisco en que se aplicase el senadoconsulto Pegasiano se vería desbordada por las dificultades prácticas representadas por la imposibilidad de llevar - un control sobre todos los acontecimientos sucesorios e intervenir cuando se descubriese un fideicomiso tácito y estuviese capacitado para ello.

En ninguno de los tres casos analizados el interés sería un medio - seguro para impedir el fraude a las disposiciones del senadoconsulto - Pegasiano e llevado a cabo mediante la utilización del fideicomiso tácito.

De ahí las disposiciones que surgieron tendientes a evitarlo. Nos - han llegado bastantes datos de una medida tomada por Trajano y que se denominó beneficium Traiani. ¿A quién afectaba este beneficio? Es Paulo quien responde a nuestra pregunta: Ad eos beneficium Traiani parti-

net. qui ex defuncti voluntate relictum sibi capere non possunt. (143). Es evidente que entre éstos que no tienen los requisitos legales para adquirir lo que se les ha dejado por voluntad del difunto se encuentran los afectados por las leyes caducarias.

¿En qué consistiría este beneficium? Nos sigue informando Paulo: Edicto divi Traiani, quod pronomen significatur, ut, si quis, antequam - causa eius ad erarium deferatur professus esset eam rem quam possideret capere sibi non licere, ex ea parte fisco inferret, partem inae rationaret. Idem postea edicto significavit, ut quaecumque professus esset - vel palam vel tacite relictum sibi quod capere non non possit et probasset iam id ad fiscum pertinere, etiam si id non possideret, ex eo quod relictum esset a praefectis aerario partes dividiam ferat. (144).

Paulo nos muestra en estos últimos párrafos dos posibilidades. La - de el incapaz que se autodemuncia estando ya en posesión de los bienes caducos, en cuyo caso tenía derecho a retener en concepto de premio la mitad de los mismos, y la del incapaz que se autodemuncia sin estar aún en posesión de los bienes caducos, que también tiene derecho a la mitad de los recaudados por los prefectos del erario. Provera ve en este segundo caso la necesidad de que el incapaz ejercite una acción para reivindicar en nombre del fisco y cree que a tal reivindicación promovida - por el mismo incapaz alude el probasset iam id ad fiscum pertinere. En - el supuesto de resultar victorioso en el juicio de reivindicación el - erario recibiría todos los bienes (caducos) y la mitad de ellos serían - devueltos al actor a título de premio (145).

(143) D. 49.14.13, 8 (Paul 7 ad legem Iuliam et Papiam).

(144) D. 49.14.13, pr. y 1. Provera, en La vindictio caducorum cit., - pag. 86 y ss. apunta la existencia de una posible contradicción entre lo que dice Paulo en D. 49.14.13, 1, que como acabamos de - ver atribuye a Trajano la concesión del premio a los autodelatores y el párrafo 3 de D. 49.14. 13, perteneciente a Mauricio en el que se dice: Senatus Hadriani temporibus censuit, cum quis se ad aerarium detulerit, quod capere non potuerit, ut totum in aere- rium colligatur ex eo para dividia sibi secundum beneficium divi Traiani restitueretur. Como vemos, en este párrafo se atribuye la - innovación a un senadoconsulto de la época de Adriano. Pero el - mismo Provera salva esta aparente contradicción ya que no es impo- sible conciliar los dos textos en el sentido de que el SC, Adriano, refiriéndose expresamente al beneficio de Trajano, vino a re- gular un supuesto particular que está formulado en el párrafo si- guiente, D. 49.14.15, 4

Siguiendo con nuestro análisis nos preguntamos cuál era la finalidad que se pretendía conseguir con esta disposición de Trajano. Creemos que promover las autodenuncias en los supuestos de fideicomisos tácitos, invitando a las mismas al conceder a los autodenunciados la mitad de lo que correspondía al erario (146) se pretendía que con tal medida aumentasen los casos en que estos fideicomisos, que debieron ser — abundantemente utilizados, fuesen descubiertos, aún a pesar de perder la mitad de lo que al erario correspondía. El particular afectado de incapacidad, por su parte, acogiéndose al beneficio, perdería la mitad de lo que habiéndose arriesgado a mantener su adquisición oculta hubiese recibido, pero obtendría en cambio la seguridad de que con respecto a la otra mitad no iba a ser molestado.

El beneficio de Trajano se extendió también a los herederos del que se delató a sí mismo: "Ad heredes eius, qui se detulerat, non videbatur praemium transire; sed divus Hadrianus rescripit, ut, licet ante decessisset is qui se detulerat, antequam id quod detulerat fisco addiceretur, heredi eius praemium daretur", (147) y el mismo Adriano extendió el beneficio al heredero del que murió antes de delatarse a sí mismo, con tal de que el propio heredero lo delatara, siempre que se pro-

(145) Provera, la vindictio caducorum cit., pag. 85-86. Volveremos a breves este tema al tratar de los fragmentos de las monografías, dedicados a los problemas de capacidad.

(146) El sistema de las denuncias en relación con la lex Papia era ya utilizado desde antiguo. Fue uno de los medios de que se valió el erario para poder actuar. Provera, en la vindictio caducorum cit., pag. 13, man-tiene que al no poder los magistrados encargados del erario ni por sí ni por medio de sus subalternos descubrir cuantas personas estaban en posesión de bienes que correspondían al erario en virtud de la lex Papia, se debe comprender que la tarea del delator fuese la de denunciar a los evasores verdaderos o presuntos. Estas delaciones fomentadas por la lex Papia, desde tiempos de Augusto estaban acompañadas de premios para los delatores. De estos premios nos da noticias, entre otros Suetonio, en Nerón I: Praemia delatorum Papias legis ad quartas redigebat. ¿Y las delaciones relativas a los fideicomisos? Es de suponer que a partir del senadoconsulto Pegasiano se introdujo para los fideicomisos el sistema de las denuncias y de los premios a los delatores. Las autodelaciones eran también premiadas o esto es una innovación debida a Trajano? Parece más lógico lo segundo. Lo que se puede afirmar sin duda es que el sistema de las delaciones en materia de leyes caducarias tenía ya en época de Trajano una larga tradición.

base que el difunto había tenido la intención de delatarse a sí mismo.  
 (148) Y aún son más las disposiciones que explican y amplían el contenido y alcance de este Beneficium divi Traiani.

Tanta prolijidad en la regulación, tanta ampliación del círculo de personas al que es aplicable (149) nos lleva a pensar que el remedio no fue todo lo eficaz que se pretendía.

La tática para poner freno y perseguir al fraude cambió. Ya que declarar la nulidad del fideicomiso tácito resultaría una medida muy radical, se actuó contra la persona del fiduciario que había servido de instrumento, voluntariamente, para llevar a buen fin las intenciones del causante y, por ende, para defraudar las leyes vigentes en ese momento.

Con esta finalidad surgió el senadoconsulto Planciano en una fecha desconocida para nosotros (150) Prescribía este senadoconsulto una sen-

---

(147) D. 49.14.13,4

(148) D. 49.14.13,5

(149) No debemos olvidar que hasta las mujeres, que por debilidad de su sexo no pueden presentar dilaciones (D.49.14.18, pr.) podían en cambio delatarse ex beneficium divi Traiani (D.49.14.36, Ulpiano 18 ad legem Iuliam et Papiam)

(150) Noticias de este SC, tenemos en Reg. Ulp., XIV, 17; D.34.9.11; D.35.2.59,1 y C.6.50.3. Hay un SC, Plancianum, quizás de época de Vespasiano, pero en todo caso anterior a Adriano del que nos han llegado noticias en D.25.3.1; D.25.3.3,1 y D.25.4.1 Regula este senadoconsulto el abandono y la suposición de hijos nacidos durante el divorcio. La primera parte de este senadoconsulto, según Volterra (vid. Senatus Consulta, en Novissimo Digesto Italiano - XVI, pag. 1072, SC n° 129) se ocupaba de la suposición del parto, y la 2ª de la notificación que debía hacer la mujer divorciada - que creía estar encinta a su marido, y los efectos de esta notificación. Al tener el mismo nombre nos hemos preguntado si se trataba del mismo SC., a pesar de tratar temas tan diferentes (un SC. doble). Por lo general, los romanistas, cuando hablan del senadoconsulto Planciano se refieren al segundo que nosotros hemos citado (en el Encyclopedia Dictionary of Roman Law, de Berger, en la voz SC. Plancianum pag. 699, solamente se hace referencia a éste. En Pauly, R.E., las noticias son contradictorias. O'Brien Moore, en Supl. VI, 812, al tratar del senadoconsulto Planciano se refiere al que regula los fideicomisos tácitos. Por el contrario, Hoffmann, en IX, 2, 2.015-2.016, estudiando a M. Plancius Varus, nos dice que fue consul suffectus, y que bajo su consulado se dió el SC. Planciano, citando como fuentes D.25.3.1,10 y D.25.3.3,1 -

ción para el fiduciario que desobedeciendo a las normas establecidas - restituía el fideicomiso a un fideicomisario incapaz. Esta sanción - consistía en que el fiduciario no podía retener la cuarta parte que le correspondía por disposición del senadoconsulto Pegasiano. Antonino - Pio dispuso que esta cuarta parte fuese a favor del fisco. (151) Además, en la época en la que estuvo vigente el ius patrum el fiduciario que se prestaba al fraude no podía, en virtud de este senadoconsulto, ejercitar el ius caduca vindicandi (152).

Las condiciones para que tuviera lugar la aplicación del senadoconsulto las expone Arias Ramos (153): -Otorgamiento del fideicomiso en forma tácita, es decir, designación del fideicomisario de manera oculta, quedando su identificación o determinación entre causante y fiduciario. -Que el fideicomisario así designado carezca del ius caducandi, y -colaboración dolosa del fiduciario.

También señala Arias Ramos, refiriéndose al primer requisito de los apuntados, la discrepancia que se ha dicho existía entre los juristas romanos, -Juliano y Callistrato por un lado, (154) y Marcelo y -

(Continuación nota 150) que corresponde al que regula cuestiones relativas al embargo de la mujer divorciada). Volterra, en el art. - que hemos citado, nos da noticias de los dos SC. Plancianum. En el n° 128 de la lista que nos presenta hacer referencia al SC. - Planciano regulador de los fideicomisos tácitos, sin indicarnos una fecha aproximada de su aparición. Con el n° 129 aparece el - SC Planciano referido a la divorciada encinta, fechado bajo Vespasiano, o en todo caso anterior a Adriano. Para Volterra parece claro, pues, que se trata de dos fideicomisos diferentes, con el mismo nombre. Esta coincidencia de nombres ¿quiere decir que fue la misma persona, el cónsul M. Plancius Varus, la que propuso al Senado la adopción de esas medidas? En ese caso la fecha - de los dos sería aproximadamente la misma. ¿Se tratará de un SC. doble por el que eran regulados los dos problemas apuntados? Si fuese obra de otro Plancius, la fecha de nuestro SC. seguirá en la sombra.

(151) Vid. D. 35.2.59.

(152) Ulp., Reg. XIV, 17

(153) Art. cit. pag. 161

(154) D. 49.14.3, Call., 1 de iur e fisci D. 30.103, Iul., 83 Dig.

(155) D. 49.14.40, Paul., 21 Quaest D. 30.123, 1 Marc. Resp.

Paulo por otro (155)- acerca del concepto de fideicomiso tácito. Para Juliano y Callistrato, opinan algunos, había fideicomiso tácito cuando el encargo del causante no se hubiese formalizado en un testamento, sino en un codicillo, en quirógrafo, o por otro procedimiento análogo. En caso de que el ruego se hiciese en un testamento, aunque no se designe en él a la persona beneficiada, no habría fideicomiso tácito. Así se manifiesta Callistrato en D.49. 14. 3 pr. "... Juliano respondit non quidem appereat, quid ab hereditibus ex huiusmodi verbis petitur est. - Auseri autem solere, quando intellegatur quia in fraudem legis fidem suam accommodare et fere eo iam decursum. ut fraudem legis fieri videatur. quoniam quia necesse testamento necesse codicillis rogaretur. sed domestica cautione et ob-rogando obligaret et ad praestandum ei qui propter non potest, ideoque dici posse ex eorum dictis verbis non esse legem si fraudem faciam".

Frante a esta postura, que Arias Ramos denomina formal, está la negada por Paulo y Marcelo, quienes atendían para estar en presencia o no de un fideicomiso tácito a que se determinase o no en el ruego hecho por el causante, cualquiera que fuese el documento o acto en que se formulase, quien era la persona beneficiada con el fideicomiso. Marcelo se expresa así en D. 30. 123, 1: "... quare, si tacitum fideicomissum sit cum personam testator, qui restitui vellet testamento non significaverit. Marcellus respondit si in fraudem legis tacitum fidem suam accommodasset, nihil ei prodesset potest, si his verbis pater familiaris cum eo locutus esset: non enim ideo circumvenisse minus legem existimanda est, cum perinde incertum sit qui rogantem voluerit".

Arias Ramos no cree que esta discrepancia entre los juristas señalados venga referida a la determinación del concepto de fideicomiso tácito, sino más bien a "como habría de determinarse o cuando habría de suponerse que hubo colaboración del fiduciario en la ocultación del nombre del fideicomisario incapaz". Fundamenta esta opinión en base a que "era esta aceptación del encargo, al haberse comprometido previamente con el causante lo que castigaba el senadoconsulto Planciano, lo que, por tanto, interesaba a los jurisconsultos fijar" (156) La discor-

(156) Art. cit. pag. 161 y 162

pancia entre los juristas surge, según él, cuando intentan determinar en qué momento ha de suponerse que existe esa actitud de complicidad y colaboración fraudulenta por parte del fiduciario. Para Paulo y Marcelo se presume siempre la complicidad del fiduciario cuando no se puede determinar quien es el fideicomisario, independientemente del lugar y de como el causante haya realizado el encargo. Para Juliano y Callistrato esta colaboración fraudulenta del fiduciario se presume, cuando, no existiendo testamento o codicilo, se efectúa el ruego de que se entregue el fideicomiso a quien tiene prohibición de adquirirlo en un documento privado o quirografario. (157)

Nosotros creemos también que la polémica no se refiere al concepto de fideicomiso tácito. Es más, pensamos que en Juliano D. 30.103, se ve claramente. "In tacitis fideicommissis fraudes lae fieri videtur quotiens quis...". Las puntualizaciones que aquí hace Juliano se refieren a cuando hay fraude en el fideicomiso tácito, sin cuestionar en ningún momento lo que éste sea, cuestión que el jurista debe por conocida. Para él el fraude existe, como hemos dicho, cuando a falta de testamento o codicilo, se hace el encargo en un documento privado o quirografario. Para sus oponentes el fraude existe siempre que se oculte el nombre del fideicomisario, independientemente de la existencia de testamento o codicilo.

Esta interpretación del motivo de la discrepancia tiene un inconveniente que también es afrontado por Arias Ramos (158). El inconveniente consiste en que en algunos fragmentos del Digesto se emplea tacitus fideicommissum no para referirse a todos los casos en que queda oculto el nombre del fideicomisario, "sino a aquellos en los cuales, además, el fideicomisario es incapaz y el fiduciario se ha prestado a colaborar en el propósito del causante de defraudar las disposiciones del senadoconsulto Pegasiano". Pero esto es así porque "era la figura o caso que interesaba a los jurisconsultos cuando comentaban este senadoconsulto, el Planciano, o las leyes caducarias,

(157) D. 30.103

(158) Art. cit., nota (33), pag. 162



y para designarle emplearían muchas veces simplemente, con un valor apocriptico, la expresión 'fideicomiso tácito' que es, naturalmente, un concepto más amplio. De esto no nos cabe duda. Podríamos encontrar con toda seguridad, en esta época, fideicomisos tácitos no fraudulentos en los que el causante, por los motivos que fuesen, pero desde luego no porque el fideicomisario fuese incapaz, deseaba mantener oculto el nombre de éste. Esta situación, normalmente, no tendría por qué llamar la atención de los juristas, pero seguramente sospecharon que tras esta ocultación existía un fraude (sobre toda esta postura representada por Paulo y Marcelo). Una vez demostrado que el fraude no existía bien comunicando reservadamente al fiduciario al magistrado la personalidad del fideicomisario, bien por otros medios, el fideicomiso tácito sería plenamente eficaz.

Abandonamos ya el tema del concepto de fideicomiso tácito para seguir tratando de los requisitos para la aplicación del senadoconsulto Placiano. Este se aplicaría cuando además de haber sido designada ocultamente la persona del fideicomisario, esta persona fuese un incapaz, es decir, que careciese del *ius capiendi*. Aunque, como venimos diciendo, el senadoconsulto Placiano trató de frenar el fraude a las leyes caducarias, creemos que aquí los afectados de incapacidad tendrían el plazo de 100 días a partir de la delación concedido por las leyes caducarias para que el afectado pudiese regularizar su situación (159).

El último requisito es el de la colaboración dolosa del fiduciario en el propósito del causante, con las variantes que esta colaboración pueda tener según se siga la opinión de Juliano y Callistrato, o la de Paulo y Marcelo. (160)

(159) Vid. en este sentido Arias Ramos, art. cit., pag. 162, y Reg. - Ulp., XVII, 1: "... verbi gratia si caelibis vel latini iuriano legatum fuerit, nec intra dies centum vel caelebs nec paruerit vel latinus ius Quiritium consecutus sit". Aquí el refundidor de Ulpiano hace referencia a los legados, pero no cabe duda de que esta época era de aplicación el mismo régimen a los fideicomisos.

(160) Para Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, VI, le successioni, reimpresión 1ª ed. 1930, Milán 1974, pag. 161-162, la tesis mantenida por el *der echo* justinianeo fue la de Paulo y Marcelo.

Y este régimen fue el instaurado por el senadoconsulto Planciano.

Pero hubo otras disposiciones de las que desconocemos su contenido que pudieron tener alguna relación con el fideicomiso tácito. Entre ellas podemos citar:

- Un senadoconsulto de época de Adriano (por lo tanto, con casi toda seguridad posterior al senadoconsulto Planciano), por el que se preguntaba que correspondía al fisco reivindicar los fideicomisos encomendados en favor de los peregrinos (161). Si el peregrino había sido beneficiado con el fideicomiso por medio de un fideicomiso tácito ¿sería de aplicación el senadoconsulto Planciano o las normas emanadas de este senadoconsulto?
- Otro senadoconsulto de la época de Adriano que prohibió hacer fideicomisos en favor de una persona incierta o de un póstumo ajeno, -- (162), etc.

Nuestra opinión es, como ya hemos manifestado, que este recurso del fideicomiso tácito fue muy utilizado, y que a ello responde no sólo la abundante literatura jurídica ofrecida por algunos de los juristas clásicos, sino también la no menos importante regulación legal, que si es cierto no logró todos sus objetivos debido a que el espíritu romano se negaba a admitir ciertas restricciones a la autonomía de la voluntad, algún resultado práctico sí causó.

#### 16. El fideicomiso de libertad.

Las manumisiones fideicomisarias o el denominado fideicomiso de libertad (163) fue un tema que también preocupó a los juristas romanos,

(161) Más noticias en Gayo II, 285.

(162) Gayo II, 287.

(163) Un estudio completo de las manumisiones mortis causa, prestando la atención debida al fideicomiso de libertad nos ofrece Impalloni, La manumissioni mortis causa, Padua 1963. También Voci - trató de ellas en su Diritto hereditario romano II, 2 pags. 408 a

no solo de la época clásica (lo que se demuestra además de por el espacio que le dedicaron los juristas autores de monografías en estas obras, por la atención que los mismos y otros juristas pusieron sobre él al tratarle en obras de carácter más general) sino también de la justinianea (el título 5º del libro 40 del Digesto y el título 4º del libro 7 del código Justiniano aparecen bajo la rúbrica de fideicommissaria libertatibus).

La manumisión fideicomisaria se nos presenta como una de las modalidades de la manumisión testamentaria. Esta, como es sabido, podía ser directa y fideicomisaria, y entre una u otra forma había sus diferencias (164).

En cuanto a los orígenes de la manumisión fideicomisaria creemos - que tendría un desarrollo similar al del instituto al que pertenece, y que por lo tanto se encomendarían fideicomisos de libertad aún cuando el fideicomiso no estuviera sancionado jurídicamente, y que dependería de la fides de la persona a quien se encomendaba el que la voluntad del causante se cumpliera y el esclavo accediera a la libertad.

Cuando Augusto concedió sanción jurídica a los fideicomisos también llegaría el momento en que los fideicomisos de libertad fueran exigibles jurídicamente, lo que crearía un problema que analizaremos cuando hayamos visto su estructura.

Los sujetos intervinientes en él son, como en todo fideicomiso: - a) el causante o fideicomitente, persona que encomienda el cumplimiento del fideicomiso; b) el fiduciario, (heredero, legatario o fideicomisario, o en general cualquier persona a la que se pueda encomendar un fideicomiso); c) el fideicomisario o beneficiario de la disposición

(Continuación nota 163) 433. Vid. tb. Buckland, The roman law of abbas, Cambridge 1908 (reimpresión 1970). Vid. además la bibliografía citada en el estudio porvenirizado de los textos en page 169 -337

(164): we vamos a realizar aquí un estudio en profundidad sobre la manumisión testamentaria directa, sino solamente en lo que se relaciona con la fideicomisaria. No obstante, para este tema, vid. - Donatuti, lo statulibero, Milán 1940, especialmente la primera -

del causante, que en este caso, y aquí estriba la especialidad de esta figura, es un esclavo que puede pertenecer al causante, al fiduciario o a una tercera persona ajena a la relación. En este último caso, el gravado con la manumisión tiene que redimir al esclavo de la persegna que sea su propietario para posteriormente proceder a la manumisión.

En cuanto a las formalidades podemos decir que, como es norma en nuestro instituto, carecía de ellas y que se podía disponer de cualquier modo. La disposición tiene un carácter de ruego expreso al fiduciario por parte del causante para que lleve a cabo la manumisión.

Esta declaración del causante podía contenerse en un testamento, - en un codicilo y Voci sostuvo que en el derecho clásico se podía evitar hasta la forma del codicilo (165). También se admitieron fórmulas implícitas como las que aparecen en D.40.5.9; eod. 12, pr. y eod. 24 - (166).

En cuanto al momento en que el esclavo adquiría la libertad, dependía de varios factores, pero desde luego ésta no se producía automáticamente, *in iure*, como sucedía en la manumisión testamentaria directa una vez muerto el causante cuando el heredero efectúa el acto de adir la herencia. Aquí se crea una relación obligatoria especial por la cual - el fiduciario (heredero, legatario, fideicomisario, etc.) está constringido a conceder la libertad al esclavo. Y decimos que es una relación obligatoria especial puesto que el acreedor, en este caso, resulta ser un esclavo que como sabemos carece de personalidad jurídica. Pero no solo radica ahí la especialidad, sino que se va más allá y el esclavo bien eficiado con un fideicomiso de libertad podría, en caso de que los

(Continuación nota 164) parte, págs. 15 a 100. Ollis Rohleda, Il diritto degli schiavi nell'antica Roma, Roma 1976 págs. 121-126

(165) Dritto creditario..., cit., II, 2 pag. 410. Esta opinión de Voci está en la línea de lo que nosotros mantenemos más adelante - sobre el poder encomendar fideicomisos fuera del testamento, y ya, avanzando más, por personas que careciesen de testamenti-factio activa. Vid. en este sentido lo que decimos en relación con la capacidad.

(166) Recogido por Voci en Dritto creditario... cit. II, 2 nota (21) pag. 410. Esta fórmula sería non servus alienam servitutem par-tatur. Si el causante, en nuestra opinión, dijo al fiduciario

obligados a manumitir se resistieran a ello, exigir la concesión de libertad por la vía de la manumissio extra ordinem. Si el fiduciario no se resistía realizaría los actos necesarios para llevar al esclavo a la libertad.

El encargado de entender de estos asuntos, una vez asentada su regulación jurídica, sería el pretor, aunque no se sabe si sería el pretor fideicomisario o un pretor que entendería especialmente de las manumisiones fideicomisarias (167)

Vamos ahora a señalar en este momento algunas de las diferencias y similitudes entre la manumissio testamentaria directa data y la manumissio fideicomisaria:

En cuanto a la forma:

- Absoluta libertad de forma en la manumissio fideicomisaria.
- Forma solemne e imperativa en la manumisión testamentaria directa - (168).
- El fideicomiso de libertad se podía encomendar en un testamento, en un codicilo de cualquier tipo (confirmado o sin confirmar) y, como ya hemos dicho, hasta se podría evitar al codicilo y encomendarlo verbalmente.

---

(Continuación nota 166) que no permitiera que el esclavo estuviera como esclavo de nadie más, implícitamente le está encomendando que le manumita.

(168) Gajo II, 267: Stichus servus meus liber esto; Stichus servus meus liberus esse iubeo. Según Voci, Diritto ereditario..., cit. II, 2 pag. 408, no se conocen normas postclásicas que aboliesen las solemnidades de forma y que solo una constitución de Teodosio II recuerda la posibilidad de redactar la disposición en griego. Pero el Corpus Iuris Civilis no repite en ningún lugar la norma alfanca y se puede sostener la abolición de la misma por el desuso.

(167) Vid. más adelante nota (177).

- En un testamento o en un codicilo confirmado debía contenerse la disposición que concedía una manumisión directa.

Esclavos beneficiados:

- Los esclavos beneficiados por una manumisión directa debían ser designados nominatim, es decir, señalándoles individualmente por su nombre o por un apelativo que les haga fácilmente reconocibles (169). Y esto - por disposición de la ley Fufia Caninia.

- En el caso de que se concediese la libertad fideicomisaria a varios - esclavos ajenos pero lo dejado por el causante no fuera suficiente para cubrir el precio de todos, los criterios seguidos eran: a) el orden en el que aparecieran citados en el testamento (lo que nos hace pensar que también era requisito el que se les citase nominatim en la manumisión fideicomisaria, por lo que aquí no habría diferencia con la directa); b) echarle a suertes; c) acudir a un árbitro. (170)

- En la manumisión directa testamentaria el esclavo a manumitir tiene - que ser propiedad del causante en el momento de la confección del testamento y cuando el causante muere, pudiendo no serlo durante el tiempo intermedio (171).

En la manumisión fideicomisaria el esclavo a manumitir, como hemos - dicho, puede ser propiedad del causante, del fiduciario o de un tercero (172).

En cuanto a la libertad:

- El esclavo manumitido directamente adquiere la libertad intra iura en - el momento en que el heredero ade la herencia, pero sigue siendo es-

(169) Vid. Gayo II, 239 y Voci, "Diritto ereditario...", cit. II, 2 - pag. 408.

(170) Vid. Ulpiano, 5 fideic., D. 40. 5. 24, 17.

(171) Gayo II, 267

(172) Gayo II, 264, ... qui ipsius heredis aut legatarii vel etiam extranei sit.

clavo si el heredero rechaza la misma. Si los herederos son qui la libertad se adquiere desde el momento de la muerte del testador. Y si son muchos los herederos instituidos es suficiente con la adición de uno (173).

- El esclavo manumitido fideicomisariamente no adquiere la libertad in eo iure, y esto debido precisamente a la especial estructura del fideicomiso de libertad a la que nos hemos referido anteriormente. En el fideicomiso de libertad el gravado se convierte en una suerte de deudor del esclavo beneficiado con el mismo. La prestación que debe llevar a cabo el gravado consiste en un facere, es decir realizar los actos suficientes para que el esclavo adquiera la libertad (manumisión vindicta o manu, si la voluntad del causante era que el esclavo se convirtiera en ciudadano romano, o per epistulam u otro medio si la voluntad del causante era que el esclavo a manumitir no se convirtiera en ciudadano) - (174).

(173) Cfr. Voci, Diritto ereditario..., cit. II, 2 pag. 409.

(174) Somos conscientes de la distinción que estamos realizando. Esto es, que los efectos de una manumisión testamentaria en su forma de manumisión fideicomisaria no serían la libertad y la ciudadanía romana, sino la libertad y la latinidad, por ejemplo. Esta afirmación cuestiona la tradicional consideración de la manumisión testamentaria como forma de manumisión solemne junto con la manumissio vindicta y la manumissio manu (en época clásica). Pero creemos que la afirmación está dentro de toda lógica y que es consecuencia de la interpretación que venimos haciendo del fideicomiso, y además, no hemos encontrado ningún texto que se manifieste a favor o en contra de la misma. Está dentro de toda lógica porque el causante pueda desear que el esclavo al que quiere manumitir no adquiera la ciudadanía romana y sí la latinidad, por ejemplo, y así exponerse al fiduciario en su encargo, que como sabemos, además, podía carecer de toda formalidad. El causante entonces encomendaría al fiduciario la libertad del esclavo especificando el medio como deseaba que ésta fuese concedida o el alcance que ésta debía tener. Por ejemplo: Fideicomitto heredia mei. ut Pamphilum servum latine libertatem..., o Rogo heredia mei. ut Stichum servum per epistulam (o inter amicos) manumittat. El fiduciario estaría obligado en este caso a realizar los actos necesarios para que la voluntad del causante se cumpliera, (rescatar al esclavo si era ajeno y manumitirle de la forma indicada, o si es propio, proceder a la manumisión carente de solemnidades encomendada). Y esto tanto antes de la lex Iunia Norbana como después de la misma; antes de la regulación jurídica de los fideicomisos, como después de ella.

En cuanto a los textos, lo cierto es que no hemos encontrado ninguno que haga expresa referencia a este punto, pero cierto es -

- El esclavo manumitido directamente adquiere la libertad y la ciudadanía romana.
- El esclavo manumitido fideicomisariamente podía alcanzar la ciudadanía romana, pero si el causante expresamente indicaba al fiduciario que utilizara un medio no solemne de manumisión, respetando la voluntad de éste, el esclavo adquiría la latinidad y no la ciudadanía.
- El esclavo manumitido directamente por testamento nos dice Gayo que se hacía libre del mismo testador (la iustus testatoris fit libertus), (175) es decir, libre ordinario.

(Continuación nota 174) también que tampoco hemos encontrado ninguno en que se nos diga que el manumitido fideicomisariamente sea necesariamente ciudadano romano (lo que puede deberse a la desaparición de la división entre los habitantes del Imperio después de la constitutio Antoniniana). Y nos estamos refiriendo a los textos de las monografías consultadas (aunque Ulpiano, según Lenel, en D.40. 5. 30, 17, hacía referencia a latinas libertatem cuando la libertad había sido encomendada en un codicilo invalidado; vid. a este respecto page. 461 y M. . Esta opinión de Lenel no nos parece admisible como en su lugar exponemos, pero cuando Ulpiano habla de iustus libertatem podemos pensar que lo contraponía a latinas libertatem, lo cual no extrañaba nada a nuestro jurista. Creemos que este es un argumento a tener en cuenta cuando nos enfrentamos al problema de si la libertad fideicomisaria concedía siempre la ciudadanía romana. Las Instituciones de Gayo (II, 263-267) en su estudio de la manumisión directa y fideicomisaria, tampoco hacen referencia a este problema.

Queremos pensar que esta es otra de las especialidades que presentó frente a la rígida institución del ius civile (manumisión testamentaria) a la que vino a dulcificar. Puestos a suponer una situación de hecho que justificase esta posibilidad, encontramos el caso del esclavo que por el motivo que fuera no podía alcanzar la ciudadanía y al que el causante quiere conceder la libertad después de su muerte. Este sería el medio para conseguirlo.

Esta especialidad de la manumisión fideicomisaria, nos hace, al hablar de las manumisiones solemnes, efectuar una salvedad en cuanto a la testamentaria en el sentido de que tendría un carácter mixto y voluntario. Mixto, en el sentido de que la manumisión testamentaria podía tener efectos solemnes (manumisión testamentaria directa data y manumisión fideicomisaria, cuando así sea la voluntad del causante), y no solemne (manumisión fideicomisaria, cuando también ésta sea la voluntad del causante). El carácter de voluntaria vendría claramente referido a la manumisión fideicomisaria, en el sentido de que dependería, como hemos dicho, de la voluntad del causante al que los efectos de la misma fueran o no solemnes.



- El esclavo manumitido fideicomisariamente, utilizamos palabras de Gayo, no se hace liberto del testador aunque sea esclavo de éste, sino del que le manumitió (176).

Volviendo al fideicomiso de libertad y a su particular estructura, llama la atención como nuestro instituto logra trastocar principios muy asentados y casi inamovibles del ius civile. Nos encontramos, como hemos dicho, en esta relación, con una persona libre y ciudadana romana que resulta obligado aunque no podemos hablar aquí de obligatio por estar este término reservado a las específicas relaciones reconocidas por el ius civile frente a otra que es un esclavo. Además, este esclavo puede dirigirse contra su dueño o la persona obligada a manumitirlo (en todo caso libre y ciudadano romano) y exigirle el cumplimiento de la manumisión debida. Esto, en opinión de Voci, se vió facilitado por el hecho de que la  cognitio en materia de fideicomisos es la prætoriana ordinem, y que ésta, en materia de manumisiones parece confiada a un pretor especial (177).

El fiduciario gravado, a pesar de estas previsiones, podía resistirse a cumplir con el encargo que le ha sido encomendado, o podía ausentarse en el momento en el que debía llevar a cabo la manumisión, u ocultarse para defraudar las esperanzas del esclavo en conseguir la libertad, o una vez gravado con la obligación de manumitir al esclavo transmitir éste a una tercera persona, etc. Todas estas situaciones podían

---

(Continuación nota 174) Con éste no consideramos agotado el tema, pero al no ser objeto específico de nuestro trabajo, volveremos sobre él y más profundamente en otra ocasión.

(175) Gayo II, 267

(176) Gayo II, 266. De aquí el interés que los juristas mostraron por conseguir una correcta atribución del patronato.

(177) Dixitio creditaria... II, pag. 411; en nota (17) se pregunta - si este pretor especial sería distinto del pretor de liberalibus causis y del pretor fideicomissarius.

producirse, y para evitarlas y conseguir que la manumisión se realizase surgieron, en consonancia con una reiterada y constante labor jurisprudencial, una serie de senadoconsultos y disposiciones imperiales con el único fin de favorecer las manumisiones fideicomisarias (178).

Sucintamente expondremos un elenco de estos senadoconsultos: (179)

- a) El senadoconsulto Rubriano, que estableció la liberación ex lege del esclavo hereditario en caso de ausencia injustificada del obligado a manumitir fideicomisariamente.
- b) El senadoconsulto Dasumiano, que estableció la liberación ex lege del esclavo hereditario beneficiario de un fideicomiso cuando el gravado con la manumisión estuviera ausente por causa justificada, y, probablemente, cuando uno de los coherederos coobligados a la manumisión fuera un infans.
- c) El senadoconsulto Vitrasiense, que estableció el traspaso ex lege de una cuota del esclavo hereditario, de los coherederos infantes no gravados con la manumisión a los coherederos gravados con el fideicomiso de libertad.
- d) El senadoconsulto Articuleiano, que estableció la competencia territorial del foro en donde el esclavo favorecido con un fideicomiso de libertad tiene su residencia.
- e) El senadoconsulto Iunciano, que admitió la liberación ex lege del esclavo no hereditario beneficiario de un fideicomiso de libertad.

(178) Estos SS. CC. fueron objeto de estudio detallado por parte de Pomponio en el libro III de su obra De senatus consultis que aparece en la Palingenesia Ienoliana bajo el título De senatus consultis quae ad libertatem fideicommissariam pertinent. Desgraciadamente solo nos ha llegado un pequeño fragmento de este libro recogido en D. 40. 12. 43., título dedicado a de liberali causa. Vid. - Pal, II, cols. 149-150.

(179) Seguimos fundamentalmente al expuesto por Impallomeni en Le manomissioni..., cit. págs. 234 y ss. También Voet, Dritto creditario..., cit. II, 2 págs. 412 y ss. nos muestra un completo estudio de los mismos.

En este caso se concedió también el traspaso legal iusto pretia del tercero propietario que consistió en ello al gravado que disiente de la manumisión. (180).

f) Un senadoconsulto, para nosotros innominado, estableció la liberación ex lege del esclavo beneficiado con un fideicomiso de libertad cuando el obligado a manumitir haya muerto sin herederos. Estos son algunos de los senadoconsultos que hacen referencia a las manumisiones fideicomisarias. No intentemos agotar su número, porque no a todos se hace referencia en los restos de las monografías que nos han llegado. De los mencionados, algunos fueron objeto de un estudio profundo, otros más leve y de algunos no tenemos noticias de que hayan suscitado comentarios específicos. (181).

También fueron muchas las constituciones imperiales que regularon esta materia. De algunas de ellas hacemos mención en el análisis de los textos y para un elenco más completo nos remitimos a Impallomeni. (182).

Otro dato a tener en cuenta que fue sancionado por los senadoconsultos y por las constituciones imperiales es el de la oponibilidad erga omnes del fideicomiso de libertad. Es decir, una vez concedida la libertad por fideicomiso, estos senadoconsultos y constituciones imperiales velaron porque la voluntad del causante se cumpliera, fueran cuales fueran las circunstancias. Por lo tanto, si el gravado con la manumisión enajena al esclavo que debe ser manumitido antes de cumplir con su obligación de otorgarle la libertad, no por ello la obligación de manumitir se extingue, sino que se transfiere al adquirente del esclavo. Es más, Voci llega a decir que no importa que la enajenación sea voluntaria o que el obligado a manumitir se vea coaccionado a reali-

(180) Impallomeni explica estos términos en op. cit. pag. 98 y ss., extendiéndose más profundamente en el estudio de arte 8C.

(181) Vid. el tratamiento que de ellos hacemos en nuestro apartado de fideicomisaria libertatibus.

(182) La manumissioni..., cit., en particular notas (78), (79), (80) (81) y (82), pags. 244-247.

sería como en los casos de honorum venditio (183). También Impallomeni estudia profundamente esta eficacia erga omnes del fideicomiso de libertad (184), y a la misma se hace referencia en varios de los textos de las monografías analizadas y a ellos nos remitimos.

Nos llama también la atención en el estudio de las manumisiones fideicomisarias el auge que éstas alcanzaron en un determinado momento y el favor que las mismas recibieron por parte de los juristas y de la autoridad imperial. Y las causas de este auge no pueden ser solamente de carácter económico, aunque no neguemos que en cierto momento causas de este tipo tendrían su influencia.

Intentaremos explicarlo: Una vez que Antonio Caracalla extendió la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio es evidente - que desde un punto de vista que hoy denominaríamos fiscal, o financiero o tributario, cuantos más ciudadanos hubiera más impuestos se recaudaban y por ello no sería de extrañar que la legislación que sobre las manumisiones emanara de Caracalla y sus sucesores fuera favorable a las mismas. Pero el caso es que la tendencia favorecedora de la libertad - se hace patente en juristas y emperadores anteriores a Caracalla, por lo que este factor económico debe quedar excluido como único y fundamental y nos hace pensar en otros de diferente carácter como pueden ser las corrientes de pensamiento humanitarias y humanistas introducidas por estoicos y epicúreos tendentes a dulcificar la situación de la esclavitud. Y al lado de estas corrientes pudieron también influir otros factores que hicieron posible esta manifestación (185).

(183) Diritto ereditario..., cit., II, 2 pag. 423 y nota (87) en la que cita los textos en los que apoya esta opinión.

(184) Le manumissioni..., pag. 69 a 73.

(185) Reconocido es por la generalidad de los autores que se han ocupado de este tema la presencia del cristianismo como factor influyente en estas decisiones. Pero en nuestra opinión la influencia cristiana en la legislación sobre fideicomisos es posterior a la época clásica.

Llegados a este punto no podemos silenciar la tesis mantenida por Albertario (186) según la cual el favor libertatis supondría la consagración jurídica de las ideas cristianas en lo referente a la esclavitud y la concesión de libertad.

De los textos examinados por nosotros creemos que se desprende con claridad que esta tendencia ya estaba presente en los juristas clásicos. A este respecto, Imbert (187) hizo un serio estudio confrontando las opiniones vertidas por Albertario con las de otros romanistas (188) y llegó a la conclusión de que el favor libertatis tiene antecedentes previos a la influencia de las ideas cristianas sobre la esclavitud. Tras a colación, entre otros, un texto de Quintiliano (189) en el que se hace una referencia al favor libertatis: ... Intelligimus nihil magis habere causae reverendum sacra, quam consuetudo quondam communis, cui in e libertatem adserunt favores.

Partiendo de este texto analizó Imbert los que Albertario señaló como sospechosos de manipulación, refiriéndose a una opinión de Nicolan (190) respecto a un texto de Gayo (IV, 14), según la cual no es solamente la expresión favor libertatis la que es extraña a las fuentes clásicas, sino la misma noción que no penetró en el terreno de la causa liberalis más que a partir de Constantino, para hacernos ver lo empujado de la misma, concluyendo en el caso concreto del texto de Gayo, que, contrariamente a lo sostenido por Nicolan y Albertario, la idea contenida en el mismo se explica mucho mejor en la época clásica que en el período de los emperadores cristianos.

Cita también Imbert un texto de Tite Livio, (191) quien, interpretando una medida romana, según Cicerón, en favor de la plebe, nos señala

(186) Fundamentalmente en Schiavitti e favor libertatis, en Studi, I, - pag. 63-77.

(187) Favor libertatis, en R.H.D., 4, 27 (1949) pag. 274-279

(188) Principalmente con Lanfranchi, Il diritto romano nei retori romani, Milán 1938, págs. 186 y ss., y en el índice de palabras - págs. 606-607.

(189) Decl. Minores, ed. Bitter, 1884, págs. 222 (27) y 223 (1-2).

(190) Causa liberalis, Étude historique et comparative du procès de liberté dans les législations antiques, Paris 1933, pag. 177. - La obra no ha podido llegar a nuestras manos y la cita corresponde a Imbert.

la su carácter eminentemente favorable a la libertad: Appius decreto manifestatur quia libertati favere non in sua lege..., para referirse a continuación al texto de Quintiliano anteriormente examinado en el - que se explicaba y justificaba un caso particular. El favor habitual, nos dice Imbert, hacia todos los que reivindicaban la libertad parece ser, desde esta fecha, un principio establecido, una norma general que utilizó, sin dudar un momento de su eficacia, el autor de las Declaraciones Menores. Y en apoyo de esta afirmación acude Imbert a dos textos, uno de Trifonio 4 disput., D. 49, 15, 12, 9, en el que el jurista se opuso a una solución preconizada por algunos de sus colegas en detrimento del esclavo, quod est iniustum et contra institutum a maioribus libertatis favorem; el otro texto es de Juliano 36 Dis., D. 40, 4, 16, en el que se dice ... non favore libertatis recedendum est.

Intentando encontrar los fundamentos de esta corriente favorecedora de la libertad, Imbert se fijó en los nombres de los juristas citados por Trifonio, y éstos son Iavoleno, Juliano, Gayo, Meciano y Marcelo, lista de nombres que coinciden, en su opinión, con los más preclaros representantes de la escuela sabiniana. (192), y estimó que esta circunstancia no se debe a una simple casualidad. Y esta adscripción tiene su importancia puesto que la escuela sabiniana y la doctrina jurídica que de ella emanaba se inspiraba en muchos puntos en la filosofía estoica, contrariamente a la escuela proculeyana cuyas concepciones filosóficas estaban influenciadas por el pensamiento aristotélico. La conclusión a la que llegó Imbert a este respecto es que las teorías humanitarias de los estoicos encontraron en el favor libertatis una aplicación jurídica elegante. (193) y así, continua -

(191) Ab urbe condita, III, 45, 1

(192) Debemos hacer notar aquí que, como ya hemos expuesto, en nuestra opinión Meciano perteneció a la escuela proculeyana, pero que en muchas ocasiones coincidió en sus posiciones con los planteamientos de la escuela sabiniana. Vid. págs. 18 y ss. de este trabajo. El mismo Imbert., op. cit., nota (6) pag. 277 dice que Meciano fue amigo íntimo o discípulo de Juliano a quien llama magister en muchas citas. Creemos que la disyuntiva expuesta por Imbert, "amigo íntimo o discípulo, tiene aquí su importancia en cuanto a la adscripción escuela de Meciano.

(193) Cita Imbert, op. cit., nota (2) pag. 278 a Skolowski (Die Philosophie im Privatrecht, 1902, I, pag. 69, que no ha llegado a nuestros manos) quien expone un ejemplo que denota claramente las -

Imbert, nos encontramos con que desde los comienzos del siglo II p.C. las soluciones sabinianas fueron adoptadas oficialmente en un punto preciso: cuatro senadoconsultos (ya vistos anteriormente) permiten al esclavo dirigirse al magistrado para obtener la ejecución del fideicomiso de libertad contrariamente a las reglas habituales en materia de fideicomisos, y esto "par faveur pour la liberté" (194)

Pero la discusión no parece que se extinga con la desaparición de las dos escuelas, ya que, en opinión de Imbert que nosotros suscribimos al haberlo comprobado en el análisis de sus textos, Paulo y Ulpiano fueron ardientes propagadores de las soluciones favore libertatis. (195).

(Continuación nota 193) corrientes filosóficas que guiaban a las dos escuelas en un caso de especificación: los proculyanos, siguiendo la doctrina de Aristóteles y de los peripatéticos en lo que concierne a los tres elementos que componen un objeto, insisten particularmente sobre la forma; los sabinianos, siguiendo los principios estóicos, insisten más sobre la noción del ser y de la substancia.

(194) Op. cit. pag. 278.

(195) Así nos dice Imbert que Paulo, sabiendo que sus adversarios podían recriminarle hacer alusión a una noción a la que se podía reprochar su eficacia jurídica, no duda en apoyar con algún otro argumento la solución de un caso dudoso; y acude a Sent., II, 23, 2 (Fontes iuris in Justiniani, Auctoritas, ed. Baviera, 1940, pag. 349), en donde se lee: Manumissionis gratia inter virum et uxorem donatio favore libertatis recepta est vel certe quod non ex hoc fiat locupletior... que Albertario estimó interpolado y construyendo el texto clásico suprimiendo favore libertatis y vel certe; los postelásicos, en opinión de Albertario, habrían preferido justificar su solución por el favor libertatis, sin mantener el antiguo motivo, rigurosamente jurídico, en el final de la frase. Pero, replica agudamente Imbert, era explicación igualmente justa si se la aplicamos a Paulo en vez de a los juristas postelásicos.

En cuanto a las soluciones de Ulpiano fundadas en el favor libertatis, se limita a indicarnos algunas de las muchas que como veremos mantuvo este jurista. Entre ellas, D. 29.2.71, pr. Ulp. 61 ad ed.; D. 40.5.2, Ulp. 65 ad ed.; eod. 24. 10, Ulp. 5 fideic. eod. 26, pr. Ulp. 5 fideic.; 40.7.9.3, Ulp., 28 ad Sab.; eod. - 7, 19, Ulp. 14 ad ed. etc.

El mismo Justiniano, C. 7. 2. 15,1 nos dice Imbert, se refirió expresamente en un caso dudoso a la opinión de Ulpiano: Et licet divus Severus semel rebus venditis hoc non admittit, nobis tamen

La conclusión de Isbert, que también asumimos completamente basándonos en el examen de los textos de los juristas autores de monografías sobre fideicomisos y más concretamente los referidos al tema de las libertades fideicomisarias, es que parece fuera de toda duda el que en la época clásica los juristas puedan hacer mención a la idea del favor libertatis. Y también suscribimos la opinión de Isbert, apuntada anteriormente por nosotros (196), en el sentido de que la noción del favor libertatis, introducida en la vida jurídica bajo la influencia de los estoicos, conoció un nuevo vigor gracias al cristianismo. Por ello se puede admitir que algunos textos del Digesto han sido interpolados por esta influencia, pero no es menos cierto que los clásicos conocieron y aplicaron el favor libertatis.

---

(Continuación nota 195) Uniani sententia admonente placuit maxime propter libertates, ne derogarent...

(196) Vid. nota (185), pag. 105



## V. LOS FIDEICOMISOS EN LA LITERATURA MONOGRAFICA.

### 17. Perspectivas para el estudio de los restos conservados.

Comenzamos el estudio de las monografías que los juristas Valente, Meciano, Pomponio, Gayo, Paulo y Ulpiano escribieron sobre el tema de "Fideicomisos".

Los objetivos que nos proponemos alcanzar con este estudio son varios:

- En primer lugar, encontrar y aislar, a base de un detenido examen - las notas diferenciadoras y características de nuestro instituto, notas que, como pretendemos demostrar, impulsaron a los seis juristas mencionados a escribir una obra monográfica, con independencia de cualquier otro instituto similar, y separadamente del resto de las obras dedicadas al derecho hereditario.
- También, y al haber ya llegado en la primera parte de nuestro trabajo a unas conclusiones respecto a la fecha posible de aparición de - las referidas monografías, señalar las probables influencias de unas - sobre otras, los temas que más atraían la atención de un jurista determinado, al por qué de esta atención preferencial, las construcciones - doctrinales de cada uno, su originalidad o su dependencia de las elaboraciones de los otros colegas, etc.
- Podremos aportar además, una vez concluido este trabajo, nuestra opinión sobre el papel que desempeñó la jurisprudencia en la evolución de nuestro instituto. Quiénes fueron más favorables a su desarrollo, - quiénes opusieron mas resistencia a su pleno reconocimiento, etc.

Como primera aproximación al contenido de las monografías, hemos - acudido a la Palingenesia Iuris Civilis de Lenel, en donde, con la minuciosidad que caracteriza toda la obra de este autor, están reconstruidas las mismas con sus correspondientes divisiones (197).

---

(197) Valente, *De fideicommissis* l. VII, Pal., II, 1202 a 1206, Meciano, *Questionum de fideicommissis* l. XVI, Pal., I, 575 a 587, Pomponio

Un examen de los títulos que encabezan los diferentes libros nos pug de servir, aunque solo sea formalmente, para ponernos en contacto con - las materias a que prestaron atención nuestros juristas.

Uno de los temas generalmente tratado por la mayoría de los autores, -a excepción de Gayo, todos los demás se fijaron en él-, es el que hace referencia a De singulis rebus per fideicommissum relictis, al que Abug nio Valente dedica dos libros, el I y II de su monografía, (198) Mecia- no parte de su libro II, (199) Pomponio y Paulo sus respectivos libros I, (200) Ulpiano una parte de su libro II (201).

Siguiendo los títulos que aparecen en la obra de Lenel, otro de los temas tratados por la mayoría -vuelve a ser Gayo quién no se ocupa de él- es el referente a De libertate fideicommissaria (202) al que Valen- te dedica el libro VI, (203) Meciano los libros XIV y XVI, (204) Pomponio el libro III, (205) Paulo el libro III (206) y Ulpiano al libro V (207)

(Continuación nota 197) nio, De fideicommissis l. V, Pal., II, 58 y 59. Gayo, De fideicommissis l. II, Pal., I, 237 a 240; De tacitis fi- deicommissis l. singularis, Pal., I, 261. Paulo, De fideicommi- sis l. III, Pal., I, 1099 a 1102; De tacitis fideicommissis l. - singularis, Pal. I. 1300, Ulpiano, de fideicommissis l. VI, Pal. II 903 a 926.

(198) Lenel, O., Pal., II, 1202 a 1204, fr. 2 a 11.

(199) Lenel, O., Pal., I, 576-577, fr. 6 a 13

(200) Lenel, O., Pal., II, 58 fr. 211 a 213; I, 1099-1100, fr. 857-859

(201) Lenel, O., Pal., II, 907 a 909, fr. 1861 a 1868

(202) De esta forma aparece expresado en las monografías de Valente y - Pomponio. En las de Meciano y Ulpiano aparece como De fideicommi- sariis libertatis, y en la de Paulo como De libertate fideico- missaria.

(203) Lenel, O., Pal., II, 1206, fr. 18 a 21

(204) Lenel, O., Pal., I, 586-587, fr. 50 a 53

(205) Lenel, O., Pal., II, 59, fr. 217

(206) Lenel, O., Pal., I, 1101-1102, fr. 866 a 874

(207) Lenel, O., Pal., II, 917 a 924, fr. 1883 a 1895

(208) Lenel, O., Pal., II, 1204-1205, fr. 12 y 13

(209) Lenel, O., Pal., I, 578 a 585, fr. 20 a 44. La primera parte del libro VIII la dedica a De stimulationibus quas inter heredes et fideicommissarios interponuntur, y la segunda parte de este libro así como el IX Ad legem Falcidianam.



Las herencias fideicomisarias. De hereditatibus fideicommissariis, fueron objeto de la atención de Valente, libros III y IV, (208) Meciano, que nos ofrece siete libros sobre el tema, del IV al X ambos inclusive, (209) y Pomponio, al cual dedicó a su estudio el libro II (210).

En relación con las herencias fideicomisarias podemos considerar también al libro XII de Meciano De stipulationibus praetoris ad fideicommissa pertinentibus, (211) y una parte del libro II de Paulo De re substitutione hereditatis. (212)

Las cuestiones de capacidad interesaron a Valente, Meciano y Ulpiano. Valente, en la reconstrucción de Lenel, titula parte de su libro V De capacitate, (213) Meciano dedicó gran parte de su libro I a los problemas derivados de Qui fideicommissa dare possint y A quibus fideicommissa relinqui possint, (214); Ulpiano, por su parte, también atento a los temas de capacidad, dedicó a este problema su libro I bajo los títulos Qui fideicommissa relinquare possint y Quorum fidei commissi, item quibus fideicommissum relinqui possit (215).

Gayo y Ulpiano comentaron problemas relativos Ad senatus consultum Trebelianum. Gayo dedica parte de su libro II (216) y Ulpiano parte de su libro III. (217).

A Gayo y a Ulpiano se les añade Paulo a la hora de tratar lo referente Ad senatus consultum Pegasianum. Gayo completó con este tema el resto de su libro II, (218) Ulpiano completó también el libro III y agregó al IV con problemas relativos a él, apareciendo en los títulos de -

(210) Lenel, O., Pal., II, 58-59, fr. 214 a 216

(211) Lenel, O., Pal., I, 585, fr. 45 a 47

(212) Lenel, O., Pal., I, 1100, fr. 1864 y 1865

(213) Lenel, O., Pal., II, 1205-1206, fr. 16 y 17

(214) Lenel, O., Pal., I, 575-576, fr. 2 a 5.

(215) Lenel, O., Pal., II, 903-904, fr. 1846-1855

(216) Lenel, O., Pal., I, 238-239, fr. 394 a 397

(217) Lenel, O., Pal., II, 909-910, fr. 1871

(218) Lenel, O., Pal., I, 239-240, fr. 398

la Palingenesia, como puntos de especial atención, De quarta deducenda y Ut heres adire cogatur (219); Paulo dedicó parte de su libro II a cuestiones referentes a este senadoconsulto (220).

Más coincidencias no encontramos en los títulos que aparecen en la reconstrucción leneliana, sin embargo vamos a señalar el resto de los temas a los que están dedicados los demás libros para agotar, aunque algo lo sea formalmente, repetimos, las posibilidades que nos ofrece la obra de Lenel.

Meciano nos habla en parte del libro I De codicillis, en parte del II De condicionibus fideicommissorum y en el libro III Quando dies fideicommissorum cadat. (221)

Gayo, en su libro I, trata de Communio de fideicommissis (222), Ulpiano, en dos partes del libro II se ocupa de Quomodo fideicommissa relinquantur y Qui et adversus quem competat fideicommissa petitur; y en el libro VI De iurisdictione fideicommissaria (223)

Gayo y Paulo además escribieron un liber singularis de Tacitis fideicommissis. (224)

Nos queda solo, para completar el panorama, hacer referencia a los libros o partes de libros que se nos presentan sin título alguno y a aquellos carentes de contenido.

Sin asignación de título aparecen parte del libro V y el libro VII de Valente, (225) el libro XIII de Meciano (226), y el IV de Pomponio (227).

(219) Lenel, O., Pal., II, 910 a 917, fr. 1872 a 1882

(220) Lenel, O., Pal., I, 1100, fr. 860 a 863

(221) Lenel, O., Pal., I, 575, fr. 1; 577, fr. 14 a 16; 577, fr. 17 a 19

(222) Lenel, O., Pal., I, 237-238, fr. 389 a 393.

(223) Lenel, O., Pal., II, 905 a 907, fr. 1856 a 1860; 909 fr. 1869-1870 924 a 926, fr. 1896 a 1907.

(224) Lenel, O., Pal. I, 261, fr. 509, y 1300, fr. 2055-2056

(225) Lenel, O., Pal., II, 1205, fr. 14-15; 1206, fr. 22

Carentes de contenido, dos libros de Meciano, XI y XIV, (228) y el libro V de Pomponio. (229) Al decir carentes de contenido, queremos señalar aquellos libros que en la Palingenesia aparecen dentro de la obra del autor con su número de orden correspondiente, pero vacíos de contenido, es decir, sin ningún fragmento. Esto es debido a que en los textos que ha utilizado Lenel para componer su obra, no ha encontrado, ni fragmentos originales que pertenezcan a los mencionados libros ni tampoco la más mínima referencia a una opinión vertida en estos libros por sus autores que haya sido recogida por los otros juristas a los que Lenel dedicó su estudio.

De que tales libros existieron no cabe la menor duda, ya que en el Index que mandó hacer Justiniano como final del Digesto, y que todas las ediciones tanto antiguas como modernas recogen, aparecen los <sup>trini-</sup> ~~cin-~~ <sup>ta y de los</sup> ~~cin-~~ autores que se habían examinado y las obras de los mismos que habían sido utilizadas en la compilación. En concreto, de Meciano y Pomponio, que son los autores que nos interesan, en relación con sus libros sobre fideicomisos vemos que aparece:

Meciano, Qaestionum de Fideicommissis l. XVI

Pomponio, Fideicommissorum l. V

Debemos suponer que cuando en el Index aparecen las obras mencionadas con esta característica de los libros que las componían, es que éstos, o existían en el momento de la compilación y no fueron utilizados por los comisionados bizantinos por carecer de interés, o por haber

(226) Lenel, O., Pal., I, 585-586, fr. 48-49

(227) Lenel, O., Pal., II, 59, fr. 218. En nota (1) col. 58, Lenel dice: "Fideicommissum ~~per~~ <sup>per</sup> ~~relictis~~ <sup>relictis</sup> index. Videtur Pomponius libro I egisse de singulis rebus per fideicommissum relictis, libro II de fideicommissariis hereditatibus, libro III de libertate fideicommissaria. Quae tractaverit libb. IV, V, in oscuro est (de cognitione, de cautionibus, de missione?)

(228) Lenel, O., Pal., I, 585 y 586

(229) Lenel, O., Pal., II, 59. Véase también lo dicho en nota (227) a los posibles títulos que para este libro sugiere Lenel.

sido ya recogidos en otros juristas citados las opiniones que en ellos se contenían, o ya en tiempos de Justiniano no se conservaban, pero se tenían noticias ciertas de su existencia, tan ciertas que cuando se confecciona el Index, aparecen en él incluidos.

En cualquiera de los dos casos, volvemos a repetir, Lenel no encontró ningún resto de ellos, y por esta razón, cuando reconstruye las obras de Meciano y de Pomponio, los libros II y XIV del primero y V - del segundo se nos muestran vacíos, carentes de contenido (230).

Aburnio Valente dedicó al tema "De singulis rebus per fideicommissum relinquitur" los dos primeros libros de su monografía. En la reconstrucción de Lenel (231), el libro I está compuesto por 6 fragmentos, de los cuales 5 son de Valente y 1 es de Paulo, 2 ad Vit., en el que este jurista recoge la opinión de Valente sobre el tema debatido. El libro II, y nos moveremos siempre dentro del marco de la reconstrucción Leneliana, está formado por 5 fragmentos, de los cuales 4 son directamente de Valente, y el restante es conocido gracias a la referencia de Paulo (lib. II quanti.)

Meciano trató de este tema en parte de su libro II, del que conservamos 8 fragmentos, 5 de los cuales son originales de este jurista, y de los otros tres, dos son de Ulpiano (2 de fideic. y 17 ad Sab.), y uno de Paulo 15 ad Plant.

(230) Una tesis sugerente relacionada con este tema es la mantenida por Röhle en art. cit. respecto a que todas las monografías contenían una parte procesal de la que solo se ha conservado el libro VI - de Ulpiano, De iurisdictione fideicommissaria. Salvo en la obra de Ulpiano, en las demás esta parte procesal se pierde, bien por que se produjo un cambio en la forma de actuar los fideicomisos durante el Bajo Imperio con lo que lo recogido en las monografías pierde vigencia e incluso cuando llega a manos de los compiladores han desaparecido estas referencias, bien porque los compiladores las suprimieron al tratar de adecuar el derecho clásico a las necesidades del momento. Röhle mantiene que los libros que se nos muestran carentes de contenido muy posiblemente estuviesen integrados por estas cuestiones procesales. Probablemente sería así.

(231) Considero innecesario aclarar aquí el método seguido por Lenel - en su Falingenesia Iuris Civilis. Es suficiente con que digamos que en ella se encuentran todos los fragmentos conservados de -

De Pomponio se conservan tres fragmentos de su libro I referidos a este tema.

El libro I fue el utilizado también por Paulo para escribir sobre - "de singulis rebus..." y se han conservado tres fragmentos de este autor.

De Ulpiano, y éste es un hecho que observaremos a medida que avancemos en nuestro trabajo, es de quien más fragmentos se conservan (232), siendo once los que Lenel sitúa bajo esta rúbrica en parte del libro - II de la monografía ulpiana sobre fideicomisos. (233)

Es de observar también que estos fragmentos de las monografías sobre fideicomisos no fueron colocados por los compiladores justinianos únicamente en los libros XIX, XXII y XXXII que tratan de locatio et fideicommissis, sino que aparecen en los más diversos lugares de la magna compilación, y bajo rúbricas también de carácter diverso y variado.

En lo que se refiere a de singulis rebus... los fragmentos en cuestión aparecen emplazados en D. 7. 4. (234) Quibus modis unus fructus vel unus emititur; D. 8. 3. (235) De servitutibus praediorum rusticorum; D. 30., D. 31., y D. 32. (236) De locatio et fideicommissis.

(Continuación nota 231) los autores clásicos (en 1889, fecha de la edición), y la reconstrucción de sus obras en base a estos fragmentos extraídos del Digesto y de otras fuentes.

(232) No en vano fue, como se sabe, el autor más utilizado por los compiladores en la confección del Digesto.

(233) En realidad son seis fragmentos. Los once, resultan de la división del extenso D. 32. 11., en D. 32. 11, 12-13, D. 32. 11, 14, D. 32. 11, 15, D. 32. 11, 16, D. 32. 11, 17, D. 32. 11, 18-19

(234) D. 7.4.3, pr. Ulp. 17 ad. Sab., Mec., 2 Q. de fideic.

(235) D. 8.3.6.1. (Paul. 15 ad Plaut.), Mec., 2 Q. de fideic.

(236) D. 31.82.2. (Paul. 11 quaest.), Val. 2 de fideic.; D. 32.10. Val. 2 de fideic.; D. 32.12. Val., 1 de fideic.; D. 32.78.6. (Paul 2 ad Vit.), Val. 1 de fideic.; D. 32.94. Val. 2 de fideic. D. 32.11, 15. (Ulp. 2 de fideic.), Mec. 2 Q. de fideic.; D. 32.13. Mec. 2 Q. de fideic.; D. 32.15. Mec. 2 Q. de fideic.; D. 32.95. Mec. 2 Q. de fideic. D. 32.16. Pomp. 1 de fideic.; D. 32.18. Pomp. 1 de fideic. D. 32.6. Paul. 1 de fideic. D. 32.8. Paul. 1 de fideic.

ais; D. 33. 1. (237) De annua legatia et fideicommissis; D. 33.7. - (238) De instructo vel instrumento legato; D. 34.1 (239) De alimentis vel cibaria legatis; D. 35.1. (240) De condicionibus et demonstracionibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur; D. 36.2. (241); Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat; D. 40.4. (242) De nominatis testamentis; D. 46.3. (243) De solutionibus et liberationibus; y D. 50.8 (244) De administratione rerum ad civitates pertinentium.

Referido al tema de libertate fideicommissaria, Valente escribió el libro VI de su monografía en el que encontramos cuatro fragmentos, tres originales del jurista, y uno de Paulo, 3 de fideic.

Meciano dedicó los libros XV y XVI de los que se conservan cuatro fragmentos (dos en cada libro) y los cuatro son originales del autor.

Pomponio trató del tema en el libro III, del que ha llegado hasta nosotros tan solo un fragmento.

Del libro III de Paulo se han conservado nueve fragmentos en el Digesto (245) todos de este autor, y una constitución, C. 7. 7. 1, 1º, de Justiniano dirigida a Julián, prefecto del pretorio, en el año 530 - (246), en la que se menciona al jurista Paulo.

(Continuación nota 236) D. 30.40. Ulp. 2 de fideic.; D. 30.42. Ulp. 2 de fideic.; D. 32.11, 12-19. Ulp. 2 de fideic.

(237) D. 33.1.25. Val. 2 de fideic. D. 33.1.14. Ulp. 2 de fideic.

(238) D. 33.7.21. Pomp. 1 de fideic.

(239) D. 34.1.22. Val. 1 de fideic. D. 34.1.14 y 34.1.21 Ulp. 2 de fideic.

(240) D. 35. 1.57 y 35.1.89. Val. 1 de fideic.

(241) D. 36.2.29 Val. 1 de fideic.

(242) D. 40.4.56. Paul. 1 de fideic.

(243) D. 46. 3.103. Mec. 2 Q. de fideic.

(244) D. 50.8.6. Val. 2 de fideic.

(245) En la Palingenesia aparecen diez, pero es el resultado de dividir D. 40.5.33 en D. 40.5.33, pr. y D. 40.5.33, 1-2

(246) Dat. Kal. April Lampadio et Oreste VV. CC. cons (530).



En el libro VI de la monografía de Ulpiano aparecen seis extensos - fragmentos que Lenel nos ofrece divididos en diecisiete partes.

En orden a su colocación por los compiladores justinianos dentro - del Digesto, se aprecia una menor dispersión que la contemplada en el tema anterior. La mayoría de los fragmentos (247) se encuentran empaquetados en el título quinto del libro cuarenta del Digesto bajo la rúbrica De fideicommissaria libertatibus (248). Los restantes están en -- D.4.4. (249) De minoris viginti quinque annis; D.29.4. (250) Si quis - cuius causa testamenti ab intestato vel alio modo possident hereditatem; D. 35.1 (251) De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur; D. 35.2. (252) Ad legem - Falcidianam; D.38.1. (253) De oneribus libertorum; D.48.10 (254) De lege - Cornelia de falsis et de senatus consulta Liboniano; y C.7.7. De sponsu et servo mammariano.

De los dos libros (el III y el IV) que Valente escribió sobre De hereditatibus fideicommissariis, se han conservado dos fragmentos, uno de cada libro.

Mediano prestó especial atención a este tema, dedicando a él siete libros de los cuales se han conservado numerosos fragmentos. En el -

- 
- (247) De un total de 24 fragmentos, 14 están recogidos en D.40.5  
 (248) D. 40.5.23 Val. 6 de fideic. D.40.5.32 y D.40.5.33 Mac. 15 Q. - de fideic.; D. 40.5.36 y D. 40.5.54 Mac. 16 Q. de fideic. D. 40.5.34 Pomp. 3 de fideic. D. 40.5.25; D. 40.5.27; D.40.5.29; D.40.5.31 y D.40.5.33 Paul. 3 de fideic. D.40.5.24; D.40.5.26; D.40.5.28; D.40.5.30 Ulp. 5 de fideic.  
 (249) D.4.4.33 Val. 6 de fideic.  
 (250) D. 29.4.29 Ulp. 5 de fideic.  
 (251) D. 35.1.92 Ulp. 5 de fideic.  
 (252) D. 35.2.37 Val. 6 de fideic.; D.35.2.3 y 35.2.36 Paul. 3 de fideic.  
 (253) D. 38.1.47 Val. 6 de fideic.  
 (254) D. 48.10.17 Paul. 3 de fideic.  
 (255) En la Palingenesia aparecen 10 fragmentos, resultado de dividir D.36.1.66 en D.36.1.66,1; 36.1.66,2 y 36.1.66,3

libro IV podemos contemplar siete fragmentos (255). De los siete, cinco pertenecen directamente a Meciano; de los otros dos, uno es de Papiniano 6 Resp. y el otro de Ulpiano 3 de fideic.

Del libro V se ha conservado un extenso fragmento que está recogido en D. 36.1.67. Del libro VI han llegado hasta nosotros tres fragmentos uno original de Meciano, y dos de Ulpiano 4 de fideic. en los que repetidas veces se hace referencia a Meciano. En el libro VII se recogen cuatro fragmentos, dos originales de Meciano, uno de Paulo Lo quæst., y otro de Ulpiano 4 de fideic. El libro VIII, en la reconstrucción, aparece dividido en dos partes como señalamos en su momento; una bajo la rúbrica de stipulationibus, quas inter heredes et fideicommissarium interueniuntur, con dos fragmentos, y la otra ad legem Falcidianam I, con otros dos fragmentos. En el libro IX ad legem Falcidianam II se conserva un extenso fragmento. El libro X, último de los dedicados a este tema, está compuesto por dos fragmentos.

Pomponio trata en su libro II de las herencias fideicomisarias en tres fragmentos, de los cuales, dos son originales del autor y uno de Ulp. 3 de fideic.

Los compiladores justinianos también en este caso colocaron en un mismo título y bajo una misma rúbrica la mayoría (256) de los fragmentos de las monografías que trataban sobre la herencia fideicomisaria, y este título es el primero del libro treinta y seis bajo la rúbrica Ad senatus consultum Trebellianum (257). Los demás se encuentran en D.11.7 (258) De religiosis et mortuis funerum et ut funus duorum lib.

(256) De los 24 fragmentos que se conservan, 14 están recogidos en el título primero del libro treinta y seis del Digesto.

(257) D. 36.1.69 Val. 3 de fideic.; D.36.1.70 Val. 4 de fideic. D. 36.1.66; D. 36.1.71; D. 36.1.1,8 (Ulp. 3 fideic.) Mec. 4 Q. de fideic. D.36.1.67 Mec. 3 Q. de fideic.; D. 36.1.5; D.36.1.13, pr. (Ulp. 4 fideic.); D.36.1.17, pr. (Ulp. 4 fideic.) Mec. 6 Q de fideic.; D. 36.1.17, 13 y 14 (Ulp. 4 fideic.) Mec. 7 Q de fideic.; D.36.1.71 Mec 8 Q de fideic.; D. 36.1.73 Mec. 10 Q. de fideic. D. 36.1.3,2 (Ulp. 3 fideic.); D. 36.1.72 Pomp, 2 de fideic.

(258) D. 11.7.45 Mec. 8 Q. de fideic.

est; D. 12.6 (259) De conditione indebiti; D. 28.5 (260) De heredi-  
bus instituendis; D. 28.6. (261) De vulgari et populari substitutione;  
D. 29.1 (262) De testamento militis; D. 29.2. (263) De adquirenda  
vel mittenda hereditate; D. 29.4. (264) Si quis omnia causa testamen-  
ti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem; D. 35.2 (265) Ad  
legem Falcidiam; D. 35.3 (266) Si qui plus quam per legem Falcidiam -  
liquerit, legatum esse dicitur; D. 40.5 (267) De fideicommissariis -  
libertatibus; y D. 46.3 (268) Ut legatorum seu fideicommissorum ser-  
vandorum causa caveatur.

El libro XII de Meciano que trata de Stimulationibus praetoria ad  
fideicommissa pertinentibus, está compuesto por tres fragmentos origi-  
 nales de Meciano que en el Digesto están recogidos en D. 35.3 (269) -  
Si qui plus quam per legem Falcidiam liquerit, legatum esse dicitur;  
 D. 36.4 (270) Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum ser-  
vandorum causa esse licet; y D. 50.17 (271) De diversis regulis in-  
ris antiqui.

La parte del libro II de Paulo dedicada a "de restitutione heredi-  
tatis" está compuesta por dos fragmentos originales del autor, que se  
 recogen en el título primero del libro treinta y seis del Digesto -  
 (272) Ad sanatus consultum Trebellianum.

(259) D. 12.6.62 Mec. 4 Q. de fideic.

(260) D. 28.5.87 Mec. 7 Q. de fideic.

(261) D. 28.6.44 (Paul. 10 quaest.) Mec. 7 Q. de fideic.

(262) D. 29.1.14 Mec. 4 Q. de fideic.

(263) D. 29.2.86, pr. (Pap. 6 resp.) Mec. 4 Q. de fideic.

(264) D. 29.4.28, Mec. 4 Q. de fideic.

(265) D. 35.2.30 y D. 35.2.32 Mec. 8 y 9 Q. de fideic. D. 35.2.31 Pomp.  
2 de fideic.

(266) D. 35.3.8 Mec. 10 Q. de fideic.

(267) D. 40.5.42 Mec. 7 Q. de fideic.

(268) D. 46.3.104 Mec. 8 Q. de fideic.

(269) D. 35.3.9. Mec. 12 Q. de fideic.

(270) D. 36.4.11 Mec. 12 Q. de fideic.

(271) D. 50.17.96 Mec. 12 Q. de fideic.

(272) D. 36.1.42 y D. 36.1.68 Paul. 2 de fideic.

La parte del libro V de Valente que hace referencia a los problemas de capacidad está compuesta por dos fragmentos de este autor recogidos en Digesto 38.1 (273) De oporia libertorum, y D. 49.14 (274) De iura fisci.

Meciano también se ocupó, como se ha dicho, de los problemas relativos a la capacidad en parte de su libro I; se refiere al tema división de su estudio en dos partes: Qui fideicommissa dare possint, con tres fragmentos situados en D. 35.2. (275) Ad legem Falcidiam, D.49.17 — (276) De castrorum regulis, y D. 50.17 (277) De diversis regulis iuris antiqui. Y A quibus fideicommissa relinqui possint, con un fragmento situado en D. 32 (278) De legatis et fideicommissis.

Ulpiano también divide en dos partes el estudio de los problemas de capacidad, a los que dedica el libro I: Qui fideicommissa relinquerent possint de la que conservamos dos fragmentos (279) recogidos en D.30 y 32 (280) De legatis et fideicommissis. Y Quorum fideicommissi. item quibus fideicommissum relinqui possit de la que se conservan siete fragmentos (281). En el Digesto aparecen recogidos en los libros treinta y treinta y dos (282) De legatis et fideicommissis, y en el libro treinta y cuatro, título tercero (283) De liberatione legata.

(273) D. 38.1.46 Val. 4 de fideic.

(274) D. 49.14.42 Val. 4 de fideic.

(275) D. 35.2.28 Mec. 1 Q. de fideic.

(276) D. 49.17.18 Mec. 1 Q de fideic.

(277) D. 50.17.93 Mec. 1 Q de fideic. Hemos apreciado un error en la edición del Digesto de Mommsen-Krueger con respecto a este fragmento. En ella aparece como autor del mismo al jurista Marciano atribuido a su l. I fideicommissorum. Marciano no escribió ninguna obra monográfica sobre fideicomisos por lo que no es posible que pertenezca a este jurista. En Lenel, Palingenesia, I, col., 575, frag. 2, y en la edición del Digesto de Mommsen, Berlín 1870, el fragmento viene atribuido a su verdadero autor el jurista Meciano. Este mismo error es también recogido en la edición del Digesto llevada a cabo por los profesores D'Ors, Hernández Tejero, - Fuenteseca, etc., Pamplona 1975, tomo III, pag. 875.

(278) D. 32.9 Mec. 1Q de fideic.

(279) En realidad un fragmento y parte de otro, el D.32.1 que forma parte de este y del siguiente apartado.

(280) D. 30.2 y D. 32.1, pr.-5 Ulp. 1 de fideic.

Gayo y Ulpiano escribieron sobre el senadoconsulto Trebeliano. Gayo en parte de su libro II del que se han conservado cuatro fragmentos - originales, dos de ellos encontrados en D. 36.1 (284) Ad senatus consultum Trebellianum, otro en D. 10.2 (285) Familiae erciscundae, y D. 32 (286) De legatibus et fideicommissis. Ulpiano trata del tema en parte de su libro III del que ha llegado hasta nosotros un extenso fragmento referido a los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano y que los compiladores justinianos situaron en D. 36.1 (287) Ad senatus consultum Trebellianum.

Del senadoconsulto Pegasiano como sabemos, además de Gayo y Ulpiano escribió también Paulo. De Gayo se conserva un fragmento extenso que - también trata del senadoconsulto Trebeliano e hicimos referencia de él situado en D. 36.1 Ad S.C. Trebellianum (288). Paulo en parte de su libro II del que se han conservado cinco fragmentos, todos originales - del jurista. De los cinco, tres están recogidos en D. 36.1 (289) Ad senatus consultum Trebellianum, uno en D. 35.2. (290) Ad legem Falcidiam y el restante en D. 50.16 (291) De verborum significatione. Ulpiano, - en parte del libro III y en todo el libro IV estudia este senadoconsulto. En el libro III, bajo la rúbrica Ad senatus consultum Pegasianum de quarta deducenda, se recogen dos fragmentos empujados por los com-

(281) En la Palingenesia, dies, resultado de dividir D. 32.3 en D. 32.3, pr; D. 32.3.1; D. 32.3, 2-4; y D. 32.7 en D. 32.7 pr-1 y D. 32.7.2

(282) D. 30.93; D. 32.1.6-10; D. 32.3; D. 30.95; D. 32.5; D. 32.7 Ulp. 1 - de fideic.

(283) D. 34.3.14 Ulp. 1 de fideic.

(284) D. 36.1.65, pr-4; D. 36.1.10 Gai. 2 de fideic.

(285) D. 10.2.40 Gai. 2 de fideic.

(286) D. 32.96. Gai. 2 de fideic.

(287) D. 36.1.1, pr-15 Ulp. 3 de fideic.

(288) D. 36.1.65, 5-15 Gai. 2 de fideic.

(289) D. 36.1.8; D. 36.1.16; D. 36.1.68, pr. Paul 2 de fideic.

(290) D. 35.2. 29 Paul. 2 de fideic.

(291) D. 50.16.91 Paul. 2 de fideic.

(292) D. 36.1.1, 16-21 y D. 36.1.3 Ulp. 3 de fideic.

piladores justinianeos en D. 36.1. (292) Ad senatus consultum Trebellianum. En el libro IV, y bajo la rúbrica Ad senatus consultum Pegasianum ut heres adire cogatur, no conservan ocho fragmentos (293), de los cuales, todos menos uno fueron colocados por los compiladores en D. 36.1.- (294) Ad senatus consultum Trebellianum; el restante está situado en D.1.4. (295) De constitutionibus Principum.

De Meciano se conserva un fragmento bajo la rúbrica De codicillis en su libro I, que pertenece a Ulpiano 2 de fideic. Los compiladores le sitúan en D. 32 (296) De legatis et fideicommissis. También de Meciano son tres fragmentos bajo la rúbrica De condicionibus fideicommissorum en el libro II, recogidos en D. 35.1. (297) De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur, D.40.4 (298) De nuntiatio testamento y D. 44.7 (299) De obligationibus et actionibus, y tres fragmentos del libro III bajo la rúbrica Quando dies fideicommissorum cedat, dos de ellos originales del jurista, y el tercero de Ulpiano, 17 ad Sab. Su emplazamiento en el Digesto es, D.7.1. (300) De usu fructu et quomodo quis utatur fructu; D.35.1 (301) De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur, y D. 40.4 (302) De nuntiatio testamento.

(293) En la falangeina aparecen once fragmentos, resultado de dividir D.36.1.13 en D. 36.1.13,pr-3; D.36.1.13,4-5; D.36.1.15, en D.36.1.15,pr-4 y D. 36.1.15,5-8; y D.36.1.17 en D. 36.1.17,pr-6 y D.36.1.17,7-17.

(294) D.36.1.44; D.36.1.6; D.36.1.11; D.36.1.9; D.36.1.13; D.36.1.15 y - D.36.1.17 Ulp. 4 de fideic.

(295) D.1.4.2 Ulp. 4 de fideic.

(296) D.32.11.1 (Ulp. 2 de fideic.), Mec 1 Q. de fideic.

(297) D.35.1.91 Mec. 2 Q. de fideic.

(298) D.40.4.55 Mec. 2 Q. de fideic.

(299) D.44.7.31 Mec. 2 Q. de fideic. Apreciamos en este fragmento el mismo error anotado en nota (277). El fragmento pertenece al jurista Meciano, II fideic., y no a Marciano. Vid. para una mayor explicación nota (277).

(300) D.7.1.72 (Ulp. 17 ad Sab.) Mec. 3 de fideic.

(301) D.35.1.36 Mec. 3 Q. de fideic.

(302) D.40.4. 58 Mec. 3 Q. de fideic.

De Gayo nos han llegado siete fragmentos bajo la rúbrica Communia de fideicommissis en el libro I de su monografía. Los compiladores los sitúan en D.32 (303) De legatis et fideicommissis; D.33.2 (304) De usu et usu fructu et redditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis D.34.5 (305) De rebus dubiis y D.35.1 (306) De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quas in testamento scribuntur.

De Ulpiano se conservan cuatro fragmentos (307) en su libro I bajo la rúbrica Quomodo fideicommissa relinquantur, que están encuadrados en D. 31 y 32 (308) De legatis et fideicommissis; D.36.1 (309) Ad senatus consultum Trebellianum, y D.50.17 (310) De diversis rebus iuris antiqui. También en el libro II y bajo la rúbrica Qui et adversus quem constat fideicommissa petitur encontramos parte de un fragmento (311) cuya ubicación es D. 32 (312) De legatis et fideicommissis. Y en el libro VI trata de iuris dictione fideicommissaria en doce fragmentos (313), uno de los cuales está extraído del Codex Repetitas Praelectionis, libro séptimo, título siete (314), y los once restantes D.1.9. (315) De senatoribus; D.2.1 (316) De iurisdictione; D.5.1 (317)

(303) D. 32.2 y D.32.14 Gai. 1 de fideic.

(304) D.33.2.29 Gai. 1 de fideic.

(305) D. 34.5.5 y D.34.5.7 Gai. 1 de fideic.

(306) D.35.1.88 y D.35.1.90, Gai. 1 de fideic.

(307) En la Palingenesia, cinco, consecuencia de dividir D.32.11, en - D.32.11, pr-8 y D.32.11, 9-11

(308) D.31.24 y D.32.11 Ulp. 2 de fideic.

(309) D.36.1.18 Ulp. 2 de fideic.

(310) D.50.17.94 Ulp. 2 de fideic.

(311) D.32.11., en Palingenesia, dos fragmentos, D.32.11,20-22 y D.32.11, 23-25

(312) D.32.11, 20-25 Ulp. 2 de fideic.

(313) En la Palingenesia, trece, debido a desdoblar D.2.1.19 en D.2.1.-19,p r. y D. D.2.1.19.1. Apreciamos además un error en esta última cita, ya que Lenel en Pal. II col. 924, 1898, indica (12.1) - 19,1 en vez de (2.1) 19,1 que es la cita correcta.

(314) C. 7.7.1.1°, de communi servo manumisso

(315) D.1.9.8 Ulp. 6 de fideic.

(316) D.2.1.19 Ulp. 6 de fideic.

De iudiciis ubi quisque agere vel conveniri debeat; D.32 (318) De lega-  
tia et fideicommissis D.36.3 (319) De legatorum seu fideicommissorum  
servandorum causa caveatur; D.40.5 (320) De fideicommissaria liberta-  
tibus; D.42.4 (321) Quibus ex causis in possessionem eatur; D.44.6 -  
(322) De litigiis; D.49.14 (323) De iure fisci, y D.50.17 (324) -  
De diversis regulis iuris antiqui.

Gayo y Paulo escribieron, como sabemos, sendas obras con un mismo -  
título, Liber singularis de tacitis fideicommissis. Del de Gayo se ha  
conservado un fragmento situado en D.34.9 (325) De his que nō indici  
sufferuntur (326). Del de Paulo han llegado hasta nosotros dos fragmen-  
tos, uno situado en el título octavo del libro cuarenta y nueve (327)  
De iure fisci y el otro en D.50.16 (328) De verborum significatione.

Fragmentos que aparecen sin rúbrica en la reconstrucción de Lenel, -  
tenemos de Valente dos en su libro V emplazados en D.32 (329) De lega-  
tia et fideicommissis, y en D.34.4 (330) De adinendis vel transferen-

(317) D.5.1.50 y D.5.1.52 Ulp. 6 de fideic.

(318) D.32.20 Ulp. 6 de fideic.

(319) D.36.3.6 Ulp. 6 de fideic.

(320) D.40.5.37 Ulp. 6 de fideic.

(321) D.42.4.15 Ulp. 6 de fideic.

(322) D.44.6.2 Ulp. 6 de fideic.

(323) D.49.14.43 Ulp. 6 de fideic.

(324) D.50.17.95 Ulp. 6 de fideic.

(325) D.34.9.23 Gai. de tac. fideic.

(326) En la versión castellana del Digesto de los profesores D'Ors, Hdez.  
Tejero, Fuenteseca, G<sup>o</sup> Garrido y Burillo, Pamplona, 1968, se apre-  
cia un error al rubricar los títulos VIII y IX del libro XXXIV,  
situado en el tit. VIII la rúbrica que corresponde al IX y en el  
IX la que corresponde al VIII, estando, sin embargo, correctamen-  
te colocados los contenidos de cada título.

(327) D.49.14.49 Paul. de tac. fideic.

(328) D.50.16.229 Paul. de tac. fideic.

(329) D.32.19 Val. § de fideic.

(330) D.34.4.28 Val. 5 de fideic.

(331) D.33.1.15 Val. 7 de fideic.



dis legatis vel fideicommissis, y un fragmento en su libro VII que está recogido en D.33.1 (331) De annuis legatis et fideicommissis. El libro XIII de Meciano, también sin rúbrica, está compuesto por dos fragmentos que los compiladores incluyeron en D.29.5 (332) De senatus consulto Sileniano et Claudiano: quorum testamenta ne aueriantur, y en D.36.1 (333) Ad senatus consultum Trebellianum. Finalmente, del libro IV de Pomponio, también sin rúbrica, se conserva un fragmento situado en D.36.1. (334) Ad senatus consultum Trebellianum.

#### 16. Cuadro de los restos existentes.

Resumiendo todo lo expuesto, podemos decir que las monografías algunas sobre fideicomisos han llegado hasta nosotros con la estructura y contenido que a continuación señalamos (335):

#### VALENTE

##### - De fideicommissis libri VII

##### Liber I.- De singulis rebus per fideicommissum relicta. I

D. 32. 12

D. 34. 1. 22

D. 35. 1. 87 y 89

D. 32. 78, 6

D. 36. 2. 29

(332) D. 29.5.23 Mec. 13 de fideic.

(333) D. 36. 1.75 Mec. 13 Q. de fideic.

(334) D. 36.1.74 Pomp. 4 de fideic.

(335) El orden por el que situamos a los diferentes autores responde al de las fechas de aparición de sus monografías, conforme a las conclusiones a que hemos llegado anteriormente (vid. págs. 31 y 32). RÖhrlé, en art. cit., págs. 406 y ss. piensa que la primera monografía en aparecer fue la de Pomponio y que ésta sirvió de modelo a las de los otros juristas contemporáneos suyos. No podemos admitir esta opinión, pues además de los argumentos expuestos en su momento no es rigurosamente cierto que todas las monografías de los coetáneos de Pomponio estén estructuradas como la de este jurista. Vid., p. e., las de Meciano y Gayo. La estructura y contenido que aquí señalamos sigue la reconstrucción llevada a cabo por Lenel en su Palägeneseia Iuris Civilis.

Liber II.- De singulis rebus per fideicommissum relictis. II

D. 31. 82, 2

D. 33. 1. 25

D. 32. 10

D. 32. 94

D. 50. 8. 6

Liber III.- De hereditatibus fideicommissariis. I

D. 36. 1. 69

Liber IV.- De hereditatibus fideicommissariis. II

D. 36. 1. 70

Liber V.- (Sin título)

D. 32. 19

D. 34. 4. 28

D. 38. 1. 46 - De Capacitate

D. 49. 14. 42

Liber VI.- De libertate fideicommissaria

D. 4. 4. 33

D. 35. 2. 37

D. 38. 1. 47

D. 40. 5. 25

Liber VII.- (Sin título)

D. 33. 1. 15

MECIANO- Quaestiones de fideicommissis libri XVILiber I.-D. 32. 11, 1 - De codicillis

- D. 50. 17. 93 - Qui fideicommissa dare possint  
 D. 49. 17. 18  
 D. 35. 2. 28  
 D. 32. 9 - A quibus fideicommissa relinqui possint

Liber II.- De singulis rebus per fideicommissum relictis

- D. 32. 11. 15  
 D. 32. 13  
 D. 32. 15  
 D. 32. 17  
 D. 7. 4 3, pr.  
 D. 8. 3. 6, 1.  
 D. 32. 95.  
 D. 46. 3. 103  
 D. 35. 1. 91 - De conditionibus fideicommissorum  
 D. 40. 4. 55  
 D. 44. 7. 31

Liber III.-

- D. 34. 5. 6 - (Sin titulo)  
 D. 35. 1. 86 - Quando dies fideicommissorum cadat.  
 D. 40. 4. 58  
 D. 7. 1. 72

Liber IV.- De fideicommissariis hereditatibus. I

- D. 12. 6. 62  
 D. 29. 4. 28  
 D. 36. 1. 66, pr  
 D. 36. 1. 66, 1.  
 D. 36. 1. 7  
 D. 36. 1. 66, 2  
 D. 29. 1. 14  
 D. 29. 2. 86, pr  
 D. 36. 1. 66, 3  
 D. 36. 1. 8

Liber V.- De fideicommissaria hereditatibus. II

D. 36. 1. 67

Liber VI. - De fideicommissaria hereditatibus. III

D. 36. 1. 5

D. 36. 1. 15, 7 y 8

D. 36. 1. 17, pr.

D. 36. 1. 17, 9, 6, 8 y 9

Liber VII.- De fideicommissaria hereditatibus. IV

D. 28. 5. 87

D. 28. 6. 44

D. 36. 1. 17, 13 y 14

D. 40. 5. 42

Liber VIII.- De fideicommissaria hereditatibus. V

D. 36. 1. 71 - De stipulationibus, quae inter heredem et fideicommissarium interponuntur

D. 46. 3. 104

D. 11. 7. 45 - Ad legem Falcidiam. I

D. 35. 2. 30

Liber IX.- De fideicommissaria hereditatibus. VI

D. 35. 2. 32 - Ad legem Falcidiam. II

Liber X.- De fideicommissaria hereditatibus. VII

D. 35. 3. 8

D. 36. 1. 73

Liber XI.- (Carente de contenido)

Liber XII.- De stipulationibus praetoria ad fideicommissa pertinentibus

D. 35. 3. 9

D. 36. 4. 12

D. 50. 17. 96

Liber XIII.- (Sin título)

D. 29. 5. 23

D. 36. 1. 75

Liber XIV.- (Carente de contenido)

Liber XV.- De fideicommissariis libertatibus. I

D. 40. 5. 32

D. 40. 5. 35

Liber XVI.- De fideicommissariis libertatibus. II

D. 40. 5. 36

D. 40. 5. 54

POMPONIO

- De fideicommissis libri V

Liber I.- De singulis rebus per fideicommissum relictis

D. 32. 16

D. 32. 18

D. 33. 7. 21

Liber II.- De fideicommissariis hereditatibus

D. 36. 1. 72

D. 35. 2. 31

D. 36. 1. 3, 2

Liber III.- De libertate fideicommissaria

D. 40. 5. 34

Liber IV.- (Sin título)

D. 36. 1. 74

Liber V.- (Carente de contenido)

GAYO.

- De fideicommissis libri II

Liber I.- Communia de fideicommissis

- D. 32. 2
- D. 32. 14
- D. 33. 2. 29
- D. 34. 5. 5
- D. 34. 5. 7
- D. 35. 1. 88
- D. 35. 1. 90

Liber II.- Ad Senatus consultum Trebellianum

- D. 36. 1. 10
- D. 36. 1. 65, pr.-4
- D. 10. 2. 40
- D. 32. 96
- D. 36. 1. 65, 5-15 - Ad Senatus consultum Pegasianum

- De tacitis fideicommissis liber singularis

- D. 34. 9. 23

PAULO

- De fideicommissis libri III

Liber I.- De singulis rebus per fideicommissum relictis

- D. 32. 6
- D. 32. 8
- D. 40. 4. 56

Liber II.- De Senatus consulto Pegasiano

- D. 35. 2. 29
- D. 36. 1. 8
- D. 36. 1. 16
- D. 50. 16. 91

- D. 36. 1. 68, pr  
D. 36. 1. 42 - De restitutione hereditatis  
D. 36. 1. 68, 1-4

Liber III.- De libertate fideicommissaria

- D. 35. 2. 33  
D. 35. 2. 36  
D. 40. 5. 25  
D. 40. 5. 31  
D. 40. 5. 33, pr  
D. 40. 5. 27  
D. 40. 5. 33, 1-2  
D. 40. 5. 29  
D. 48. 10. 17  
C. 7. 7. 1,1

- De tacitis fideicommissis liber singularis

- D. 49. 14. 49  
D. 50. 16. 229

ULPIANO

- De fideicommissis libri VI

Liber I.- Qui fideicommissa relinquere possint

- D. 30. 2  
D. 32. 1, pr.-5  
D. 32. 1, 6-10 - Quorum fides committi. item quibus fideicommissum  
relinqui possint  
D. 30. 93  
D. 32. 3, pr  
D. 32. 3, 1  
D. 30. 95  
D. 32. 3, 2-4  
D. 32. 5  
D. 32. 7, pr.-1  
D. 32. 7. 2  
D. 34. 3. 14

Liber II.- Quomodo fideicommissa relinquuntur

- D. 50. 17. 94
- D. 32. 11, pr.-8
- D. 31. 24
- D. 32. 11, 9-11
- D. 36. 1. 18
- D. 32. 11, 12-13 - De singulis rebus per fideicommissum relictis
- D. 32. 11, 14
- D. 30. 42
- D. 32. 11, 15
- D. 32. 11, 16
- D. 30. 40
- D. 32. 11, 17
- D. 32. 11, 18-19
- D. 33. 1. 14
- D. 34. 1. 14
- D. 34. 1. 21
- D. 32. 11, 20-22 - Qui et adversus quem constat fideicommissis petitur
- D. 32. 11, 23-25

Liber III.- Ad S.C. Trebellianum

- D. 36. 1. 1, pr.-15
- D. 36. 1. 16-21 - Ad S.C. Perpetuum de quarta deducenda
- D. 36. 1. 3

Liber IV.- Ad S.C. Perpetuum Ut heres edire cogatur

- D. 36. 1. 4
- D. 36. 1. 6 (36. 1. 9)
- D. 36. 1. 11
- D. 36. 1. 13, pr.-3
- D. 36. 1. 13, 4-5
- D. 36. 1. 15, pr.-4
- D. 36. 1. 15, 5-8
- D. 36. 1. 17, pr.-6
- D. 36. 1. 17, 7-17
- D. 1. 4. 2



Liber V.- De fideicommissariis libertatibus.

- D. 40. 5. 24, pr.
- D. 40. 5. 24, 1-6
- D. 40. 5. 24, 7-10
- D. 40. 5. 24, 11
- D. 29. 2. 29
- D. 40. 5. 24, 12-20
- D. 40. 5. 24, 21
- D. 40. 5. 26, pr.-6
- D. 40. 5. 26, 7-11
- D. 40. 5. 28, pr.-3
- D. 40. 5. 28, 4
- D. 40. 5. 28, 5
- D. 40. 5. 30, pr.
- D. 40. 5. 30, 1-8
- D. 40. 5. 30, 9-14
- D. 40. 5. 30, 15-17
- D. 35. 1. 92

Liber VI.- De iurisdictione fideicommissaria

- D. 1. 9. 8
- D. 2. 1. 19, pr.
- D. 2. 1. 19, 1
- D. 5. 1. 50
- D. 5. 1. 52
- D. 36. 3. 6 - Ubi fideicommissorum servandorum causa creatur et in possessionem datur.
- D. 42. 4. 15
- D. 44. 6. 2
- D. 40. 5. 37
- C. 7. 7. 1, 1
- D. 32. 20
- D. 49. 14. 43
- D. 50. 17. 95 (336)

---

(336) Röhle, en art. cit., págs. 406 y 407 nos muestra una reconstrucción de la estructura de estas monografías. Sólo pequeñas diferencias (en Mediano no se menciona el apartado De codicillis en el libro I y sin embargo añade Quammodo fiducommissa relinquantur, que en Lenel no aparece) es muy similar a la de Lenel, que le sirve de modelo. Tampoco hace referencia Röhle a las monografías sobre fideicomisos tácitos, pero éstas no son objeto de su trabajo. Por último, no diferencia en su esquema los libros que aparecen sin título de los carentes de contenido, aunque a lo largo de su exposición hace referencia a ello.

VI. 1. LAS MATERIAS TRATADAS EN LAS MONOGRAFÍAS.19. Los Temas relativos a la capacidad.

Entrando ya en contacto con las materias tratadas en las monografías, hemos preferido comensar por los temas relativos a la capacidad entendida tanto en su sentido activo como en el pasivo ( 1 ). Los fragmentos que examinaremos, pues, son los que en la Palingenesia se agrupan con las rúbricas ya mencionadas De Capacitate ( 2 ), Qui fideicommissum dare possint, A quibus fideicommissum relinqui possint ( 3 ), Qui fideicommissum relinquere possint y Quorum fideicommissi, item - quibus fideicommissum relinqui possit ( 4 ).

A. Los Textos de Ulpiano.La regla general en cuanto a la capacidad activa.

La regla general de capacidad activa aparece enunciada en D.30.2. Ulpiano 1 de fideic. en estos términos: Sciendum est eos dum fideicommissum posse relinquere, qui testandi ius habent. No hemos encontrado ningún fragmento en las monografías de los otros autores que tratan temas de capacidad -Valente y Maciano-, concebido en iguales o parecidos términos. Solamente un párrafo de las Regulas de Ulpiano contiene una afirmación muy parecida: Fideicommissum relinquere possunt, qui testamentum facere possunt, licet non fecerit... ( 5 ).

Claramente se deduce que para encomendar fideicomisos en la época de Ulpiano, se requería la testamenti factio activa.

( 1 ) No desconocemos que en materia de sucesiones no son términos totalmente equiparables los de capacitas y testamenti factio. Al emplear aquí capacidad nos referiremos, a pesar de ello, a quienes pueden dejar y recibir fideicomisos. También hay que hacer notar que respecto a los adjetivos "activa" y "pasiva" - que siguen a testamenti factio, no se encuentra ningún apoyo en las fuentes. Es sabido que son una aportación de los intérpretes. Vid. en este sentido Biondi, op. cit., pag. 83.

( 2 ) Val. 1. V.

( 3 ) Mec. 1. I.

( 4 ) Ulp. 1. I.

( 5 ) Ulp., XIV, 4.

Afirmamos que este requisito era exigido ya en época de Ulpiano, con lo que descartamos la posible manipulación posterior del texto. La mayoría de los autores consultados (6) lo consideran original, y tampoco aparece como sospechoso de interpolación en el Index Interpolationum.

Como decíamos, en los fragmentos que se han conservado de los - otros juristas que dedicaron su atención a los temas de capacidad en las monografías sobre fideicomisos, no aparece nada similar a esta - regla general. No sabemos por tanto si llegó a ser conocida y expresada con igual o análogo alcance.

Fragmentos de otros autores de contenido semejante tampoco hemos encontrado formulados de forma tan general y referidos únicamente a los fideicomisos. Y decimos referido a los fideicomisos, porque hay algunos párrafos en fragmentos dedicados a otros temas -codicilos, - libertos, filius familiae-, en que se encuentra esta restricción a - la capacidad para hacer fideicomisos relativa solo a los que tienen la testamenti factio activa. Así Trifonio 4 disp., en D. 49.15.12,5, dice: ... sed nec fideicommissum ex his pati potest, quia non sunt - ab eo facti, qui testamenti factionem habuit...; Marciano 8 inst. en D. 30.114: pr. Filius familiae miles vel veteranus licet sine testamento decessat, potest fideicommittere a patre, quia etiam testamentum facere potest: 1. Si libertus ab intestato decesserit, a patrono potest necne ad partem debitam fideicommissum relinquere, quia, si testamentum faceret, licebat ei partem debitam solum relinquere. (7).

Con más claridad insiste en este principio, aplicándolo a casos - concretos, el mismo Ulpiano en otro fragmento del libro 1º de su monografía recogido en D. 32.1, pr.: ... non posse fidei committere - certum est, quia nec testari potest. 2. ... fideicommissum relinquere non possunt, quia nec testamenti faciendi ius habent, 3. ... vale-

(6) Véase por todos la documentada monografía de Ferrini ya citada, pag. 74.

(7) Citados por Biondi en La convalidazione del codicillo fatto dal incapace, Scritti Giuridici, III, pag. 627.

habet quod factum est (se refiere al fideicomiso) quia certum status -  
namque adhuc habuit; 4. ... et ideo (por perder la ciudadanía) non -  
testamenti faciendo ius nec fideicommittendi constat habere.

Tenemos, pues, claramente expresada la regla general de capacidad activa: solo pueden dejar fideicomisos los que tienen testamenti factio activa, los que pueden hacer testamento. Y esta regla regía con toda seguridad en la época de Ulpiano, dato que está confirmado no solo por los fragmentos de este jurista en los que aparece enunciada y aplicada, sino también por los fragmentos de Trifonino y Marciano, sus contemporáneos. ( 8 ).

¿Cuándo comenzó a exigirse este requisito de la testamenti factio activa para los fideicomisos?

Parece que en tiempos antiguos esta limitación no existía y que los fideicomisos podían ser encomendados incluso por un incapaz o un "peregrino", ( 9 ) pero al dotarles de eficacia jurídica, sabemos -

( 8 ) Lenel, Pal., II, Auctorum et librorum index chronologicus, cols 124/1248; Tryphonius, bonae aequalis, referido a Menander, sub Severo et Caracalla; en cols., 351-352, Gaius Tryphonius - (sub Septimio Severo et eius successoribus, Marcianus, Paulus et Ulpianus) aequalis minor natu. Ulpianus, sub Septimio Severo et eius successoribus; como se ve, los tres juristas desarrollaron su actividad en la misma época. En cuanto a la aparición de las obras en que este principio viene expresado, siguiendo a Lenel, parece que la primera sería Disquisitionum l. III de Trifonino, cuya pars prior Caracalla et Geta imperantibus, y la posterior iam solo Caracalla videtur conscripta esse de fideicommissis de Ulpiano, conscrip. sub Caracalla, sería la siguiente, y Marciano, Institutionum. conscrip. post mortem Caracalla, sería la última.

( 9 ) Cfr. Girard, Manuel élémentaire de Droit Romain, Paris, 1929, pag. 977.; En este sentido vid. tb. Marell, Précis d'un cours du Droit Privé des Romains, trad. Pellat, 2° ed. revisada y corregida sobre la 4° ed. alemana de Leipzig 1850, Paris 1852. - Aquí Marell parece admitir que la testamenti factio activa como requisito común a los legados y fideicomisos se exigió en la última etapa del derecho romano. Blondi, en Successiones testamentariae... cit., pag. 289, admite que el fideicomiso originariamente servía para defraudar a la ley, sobre todo en temas de capacidad de recibir o de disponer; afirma también, refiriéndose al origen de nuestro instituto, que los que no podían o no querían hacer testamento, rogaban a un amigo que ejecutara su -

que comenzó el proceso de acercamiento entre legados y fideicomisos, que a la vez que fue dulcificando el régimen de los legados, hizo perder paulatinamente sus peculiaridades originarias a los fideicomisos. El legado no podía dejarse nada más que por medio de un testamento - válido y después de la institución de heredero, pues en caso contrario no tenía valor. (10). No es de extrañar, por tanto, que en el proceso de equiparación de ambos institutos se extendiese al fideicomiso esta exigencia de la testamenti factio; pero la interrogación - sigue subsistiendo, ¿cuándo se exigió este requisito para el fideicomiso?

Una opinión muy extendida en la doctrina y con la que no podemos manifestarnos totalmente de acuerdo, es la que mantiene que este requisito fue exigido desde que comenzó a regularse jurídicamente el fideicomiso.

Ferrini, (11) hablando de los sujetos que intervienen en el fideicomiso, nos dice que: "Ni cuando se comenzaron a reconocer los fideicomisos, se renunció a tal exigencia", refiriéndolo a que nadie hubiese podido ordenar legados si no podía testar eficazmente, apoyando esta afirmación en D. 30.2, Ulp. 1 de fideic., fragmento que estamos estudiando, y en D. 29.7.6, 3 Marciano 7 Inst. Codicillos in idem facere potest, qui et testamentum facere potest, que como se ve es muy similar en su estructura y en su contenido al fragmento de Ulpiano en el que, con mucha probabilidad, se inspiraría.

(Continuación nota 9) Última voluntad. Pero a pesar de esto, mantig-  
ne también, como veremos, que la capacidad para dejar fideicomisos se valoró constantemente en la medida de la capacidad para hacer testamento (La convalidación... pag. 627), lo que, a nuestro modo de ver, es una contradicción, pues ¿cómo si servía al fideicomiso para defraudar a la ley sobre todo en temas de capacidad de recibir o de disponer, la capacidad para dejar fideicomisos se pudo valorar constantemente en la medida de la capacidad para dejar testamento?

(10) Gayo, II, 269.

(11) op. cit., pag. 74.

(12) La convalidación..., loc. cit. pag. 627

Biondi, (12) tratando de la convalidación del codicilo hecho por el incapaz afirma que "estos principios vigentes para el testamento desarrollado en la práctica pretoria -se refiere a que si el testador en el momento de la confección del acto es incapaz nullos sunt tabulae testamenti y el derecho considera este testamento como si no hubiese sido escrito-, tan conformes a la tendencia general del derecho romano, no pudieron no ser también aplicados al fideicomiso", y que "los juristas extendieron también a los fideicomisos las normas de la testamenti factio, y la capacidad para dejar un fideicomiso está valorada constantemente en la medida de la capacidad para hacer testamento".

Nos llaman verdaderamente la atención estas afirmaciones tan tajantes en el sentido de que la testamenti factio del disponente fuese exigida desde el primer momento en que se reguló jurídicamente el fideicomiso; y más, cuando comprobamos que su apoyo en las fuentes nos viene dado por juristas que desarrollaron su actividad alrededor del año 200 p.C., si tenemos en cuenta que el reconocimiento de eficacia jurídica al fideicomiso tuvo lugar bajo Augusto (27. a.C.-14 p.C.) (13). Esta ausencia de datos en las fuentes nos hace por lo menos sospechar el momento del origen de este requisito para el fideicomiso. ¿Por qué son tan exiguas las fuentes a este respecto? ¿Por qué un requisito exigido según los autores que criticamos a comienzos del siglo I p.C., no es recogido por los juristas romanos hasta finales del siglo II y comienzos del siglo III? Estos son algunos de los interrogantes que nos planteamos.

Coincidimos con Biondi, y la totalidad de los estudiosos de este punto, en que el fideicomiso "fue modelándose con el legado con el que tenía afinidad de fin y de carácter" (14), pero no podemos acoger

(13) Sobre las posibles causas explicativas de tal Reconocimiento -a esta época, Vid. lo que recogemos en la nota (64).

(14) Biondi, E., *La convalidación...*, loc. cit. pag. 627. Es, además, el mismo Biondi en *Successiones testamentariae...* cit. pag. 294, el que mantiene a este respecto una posición más moderada. Allí nos dice que "al fideicomiso se modeló sobre el legado... pero no en bloque, sino gradualmente, a medida que se presentaba la necesidad de ello". Enseguida añade que las primeras normas

tar con la amplitud que él le hace que "los juristas extendiesen - siempre a los fideicomisos las normas de la testamenti factio" y que "la capacidad para dejar un fideicomiso esté valorada constantemente en la medida de la capacidad para hacer testamento".

El hecho de que este proceso de acercamiento y unificación se produjese paulatinamente, y al que sabemos que Augusto intervino "senatus consultum ex auctoritate populi, vel quia per inius saluta rogatus quia diceretur, aut ab iniuria quorundam perfidia iussit consilium auctoritatem suam interponere" (15), nos hace pensar que esta - primera intervención del princeps se limitó exclusivamente a conseguir que los fideicomisos fuesen cumplidos, a dotar de algún medio - al fideicomisario para que pudiese exigir del fiduciario el exacto - cumplimiento de la voluntad del disponente, y que los restantes requisitos y limitaciones se vendrían sucediendo poco a poco (16).

No desconocemos lo arriesgado de esta afirmación. En las Instituciones de Justiniano también se dice quibus enim non poterant hereditatis vel legata relinquere, si relinquerebant, fidei commissabant eorum, qui contra ex testamento poterant (17). Se confiaba a la fe de

(Continuación nota 14) que se trasvasan de uno a otro instituto fueron "las relativas a la capacidad de disponer o de recibir", - y ya aquí aduce que pueden dejar un fideicomiso "aquellos que testandi ius habent", aunque sigue diciendo que los principios de la testamenti factio se van adaptando "conforme aconseja la estructura del instituto". Continuamos observando en este traductista contradicciones en lo referente a este tema. Creemos - que indudablemente se da cuenta de que el proceso de acercamiento fue operándose lentamente, pero, sin embargo, en lo relativo a la capacidad, vemos que mantiene una postura rígida en el sentido de estimar que fue exigida desde el momento en - que se reconoció eficacia jurídica al fideicomiso.

(15) I. 2. 23. 1.

(16) Declercq, en Quelques notes sur certains types de fideicomis loc. cit., pag. 135, se muestra de acuerdo también con la postura relativa a la paulatina aparición de limitaciones en la - regulación de los fideicomisos, cuando dice: "Les senatus-consultes, rescrites ou décisions de la jurisprudence, qui, au - cours du I<sup>er</sup> siècle et au commencement du II<sup>e</sup>, le rapprochèrent du legs et le soumettent à la plupart des règles et des restrictions propres à celui-ci, s'en tenaient à ce point de vue, et, - du même coup, en exigeant la factio testamenti et de l'auteur du fidéicomis et de ceux qui le recueillaient..."



personas capaces de recibir por testamento, lo que supone la testamen-  
ti factio por parte del disponente. Pero creemos que este texto ju-  
stiniano no es prueba de que la testamenti factio activa fuera exi-  
gida desde el primer momento. Posiblemente los redactores de las -  
Instituciones eran conscientes de ello pero la elementalidad de la -  
obra no permitía demasiadas disquisiciones y se limitaron a recoger  
lo que llegó a ser regla de general aplicación ya antes de finalizar  
la época clásica.

También supone una dificultad para nuestra afirmación el hecho de  
que Gayo en sus Instituciones, donde trata con minuciosidad todo lo  
relativo a los fideicomisos, no alude a este tema. Es evidente que -  
si en su época no hubiese existido este requisito, lo hubiera refle-  
jado entre las muchas diferencias que señala entre legados y fideiq-  
uismos. Y no lo hace. Pero tampoco nos dice que se requiriese la tes-  
tamenti factio de forma expresa para encomendar un fideicomiso. Sin  
embargo afirma que el fideicomiso puede dejarse sin institución de -  
heredero mientras que el legado en tal caso no tiene valor (18), -

(17) I. 2. 23. 1.

(18) Gayo II, 269. La reconstrucción e interpretación de este frag-  
mento no está exenta de variadas opiniones. El párrafo aparece  
así en la edición llevada a cabo por A. d'Ors en 1943: Non -  
quod per fideicomissum — heredis relinquit potest: cum ali-  
quin legatum — inutile sit. En esta edición se recoge el tex-  
to latino de Seckel-Kubler, 7ª ed. (Leipzig-Tuebingen) 1935, y -  
en la traducción —según nos dice D'Ors en las advertencias pre-  
liminares— ha añadido algunos suplementos debidos en gran par-  
te a la fértil imaginación de Husccke, siempre con la debida  
indicación (<7). Pero en la traducción que nos ofrece eviden-  
temente no ha seguido a Husccke, puesto que éste reconstruye -  
el texto de la siguiente forma: Non quod per fideicomissum -  
sed ante heredis institutionem relinquit potest: cum ali-  
quin testamenti initio datum inutile sit, que no correspon-  
de con la traducción. En primer lugar el fideicomiso se puede  
dejar sin institución de heredero, mientras que el legado en  
tal caso no tiene valor. Husccke reconstruye ante heredis in-  
stitutionem inspirándose en Ulpiano XIV, 8 Fideicomissum et -  
ante heredis institutionem et post mortem heredis et codici-  
llis etiam non confirmatis testamento dari potest. licet lega-  
ri ita non possit, y en Gayo II, 229 ante heredis institutio-  
nes (in)utiliter locatur... Así lo indica Zulueta en su edi-  
ción The Institutes of Gaius, Oxford 1946, parte I, nota (4) -  
pag. 144.

con lo que claramente se deduce para el legado la exigencia de la testamenti factio, y nos deja abierta la duda con respecto al fideicomiso, ya que cabría pensar que se puede encomendar un fideicomiso

(Continuación nota 18) Krüger y Studemund en su edición de las Instituciones (ad codicis veronensis apographum studemundianum - novis cu ris auctum, Berlín 1905, pag. 99) hacen la reconstrucción de esta forma: Nam ecce per fideicommissum etiam ab herede heredis relinqui potest: cum aliquis legatus ita relictus inutile sit teniendo en cuenta el Epitome de Gayo II, 7,8 Fideicommissum ad eum cui aliquid dimissum est, herede mortuo poterit pervenire, si talis fuerit condicio testamenti... En Fontes Iuris Romani Antejustiniani editadas por Riccobono, Biviera, Ferrini, Furlani y Arangio-Ruiz (ed. Florencia, 1968) - Baviera recoge el fragmento así: Nam ecce per fideicommissum etiam heredis relinqui potest: cum aliquis legatus inutile sit, y en las notas críticas, pag. 98, confronta el fragmento con Gayo II, 229; Epitome II, 7,8, y Ulpiano XIV, 8, citando a continuación la reconstrucción llevada a cabo por Krüger y Studemund. En la edición realizada por Arangio-Ruiz y Guarino, dentro de su Bravarium Iuris Romani, Milán 1943, se recoge el texto de este fragmento con las integraciones llevadas a cabo por Krüger, dato que los editores señalan en nota (2), pag. 144, advirtiendo que otros editores integran el pasaje de forma diferente. En la edición de David y Nelson, Leiden 1968, el fragmento aparece así: Nam ecce per fideicommissum post mortem heredis relinqui potest, cum aliquis legatus ita relictus inutile sit; los propios editores en la nota explicativa del fragmento se refieren a Gayo II, 232 Post mortem quicquid heredis inutiliter legatur... y a las Regulae de Ulpiano XIV,8 y Epitome de Gayo II, 7, 8, más arriba señalados. Beseler en Frases et Palaeae II, Festaschrift Schula I, Weimar 1951, pag.13 nos presenta así el pasaje: Nam ecce per fideicommissum e herede e ita relinqui potest, cum aliquis legatus nisi testamentum factio inutile sit, e integra la laguna diciéndonos que después de ecce per fideicommissum probablemente estaría etiam non facto herede.

La traducción de D'Ors a la que aludíamos se correspondería con un texto aproximadamente reconstruido así: Nam ecce per fideicommissum sine heredis institutione relinqui potest: cum aliquis legatus ita relictus inutile sit. De todas las versiones señaladas, la dada por el prof. D'Ors se asemeja a la de Beseler. D'Ors traduce "sin institución de heredero" donde Beseler integra etiam non facto herede, y "en tal caso", refiriéndose a la institución de heredero, donde Beseler integra nisi testamentum factio, la idea coincide.

Como dijimos al comienzo de esta nota, las opiniones sobre la reconstrucción de este fragmento son variadas. Aquí hemos expuesto las más conocidas y utilizadas. Nosotros en el trabajo hemos escogido una de las posibles versiones, la de Beseler-D'Ors y en base a esta posibilidad construimos nuestro argumento.

al margen de la institución de heredero por ser así la voluntad del disponente, pero también se podría dejar un fideicomiso sin institución de heredero por no poder hacer el disponente esta institución, esto es, por carecer de testamenti factio activa.

Independientemente del estudio que en su momento hagamos del párrafo del Lib. I de fideic. de Ulpiano recogido en D. 32.1.1. diremos que en él también aparece la posibilidad de dejar un fideicomiso de otro modo que no sea en un testamento. Nunc utinque nemo credit in testamen- tis non esse probaturus, quia nihil in testamento valet, - quotiens ipsum testam- entum non valet, sed si alius fideicommissum quia reliquerit ( ). Aquí se habla del fideicomiso dejado en otra forma que no sea el testamento. Pero ¿también se requería la testamenti factio activa para poder encomendar un fideicomiso fuera del testamento? ¿Y para encomendarlo oralmente y por señas? ( ).

Podríamos conjeturar, por supuesto sin ningún apoyo en las fuentes, pero no por ello imposible de haberse producido en la realidad, algún caso en el que el disponente careciese de testamenti factio activa:

- ( ) Fragmento sobre el que recaen fuertes sospechas de interpolación como a lo largo de este trabajo se verá. Pag. 198 Solazzi Miscellanea, AG, 94 (1925), nota (2), pag. 75. A pesar de todas estas sospechas de interpolación, evidentemente fundadas - desde un punto de vista formal, en este momento no vemos por qué una afirmación de esta especie no pudo ser hecha por Ulpiano.
- ( ) A este respecto debemos hacer notar que el fideicomiso se podía dejar por señas aún en tiempos de Dioclesiano y Maximiano (284-305 p.C.), aunque existía también el requisito de la presencia de testigos, como aparece recogido en una constitución de ambos emperadores dirigida a Plauciano, dada en Bizancio los idus de abril, bajo el consulado de los Augustos (293-304) C.6.42.22. Evidentemente en esta época era requerida la testamenti factio por parte del disponente.

Arangio-Ruiz en Institutioni... nota (1) pag. 577, duda que en realidad el fideicomiso se pudiese encomendar oralmente. Pero él mismo admite que está atestiguado que era así y el único argumento que aduce en contra es que esto le parece más bien una paradoja teórica de la jurisprudencia antes que el reconocimiento de una práctica en vigor. A nosotros no nos parece una paradoja teórica, si no que, a tenor de todo lo que venimos expo-

Primeros tiempos de Principado. Un extranjero afincado en Roma, - con frecuentes contactos con ciudadanos romanos. A la hora de su - muerte, según su derecho realiza una disposición de última voluntad en el que con palabras de fideicomiso, instituto que había visto utilizar a más de un amigo romano, encarga a su heredero, por ejemplo - su hijo, que entregue cierta cantidad a un ciudadano romano con el - que la unía gran amistad.

¿Debemos pensar que tal fideicomiso carece de validez por no tener la testamenti factio activa al disponente? ¿No podría el ciudadano romano recurrir a la autoridad competente para que la voluntad de su amigo extranjero fuese cumplida en caso de que el heredero se negase a hacerlo?

Creemos que casos como el señalado no se darían con frecuencia en la Roma de comienzos del principado; pero es indudable que pudieron acontecer, dado el carácter de capital del mundo que tenía Roma, en la que convivirían, junto con los ciudadanos romanos, extranjeros - de toda clase y condición social (21).

Lo anormal de situaciones como éstas; el conflicto de jurisdicciones que se crearía para determinar quién podría conocer de estos casos (praetor peregrinus o cónsules y posteriormente praetores fidei-

(Continuación nota 20) niendo, creemos que es muy lógico pensar que si no una práctica muy extendida, cabría la posibilidad, y de hecho en la vida real sería aprovechada, de encomendar fideicomisos oralmente.

(21) Cfr. Mommsen, Römisches Strafrecht, ed. 1899 (Reimp. Darmstadt 1955) pag. 956. (El Derecho Penal Romano, Trad. P. Dorado, Madrid s/f, II, pag. 398). Aquí dice Mommsen: "... nosotros encontramos en el Derecho Romano, a partir de remotos tiempos, la idea del hombre libre no ciudadano, al cual carece, sí, de los derechos que llevan inherentes las personas que forman parte del estado, v.g., del derecho de contraer matrimonio y del de hacer testamento; pero en cambio gozan de protección jurídica y del derecho de comerciar con la misma amplitud completa que el ciudadano". A este hombre es al que nosotros hacemos referencia. Vid. también en este sentido lo que en Arias Ramos-Arias Bonet, Derecho Romano I, cit. pags. 74-75 se dice en relación con los peregrinos.

commissarii), y el deseo del princeps de controlar todo tipo de situaciones, movería enseguida a los miembros del consilium principis a aconsejar al princeps la conveniencia de extender al disponente de un fideicomiso el requisito de la testamenti factio activa.

Con todo esto no pretendemos más que hacer ver lo razonable de nuestras dudas con respecto al origen de este requisito. No dudamos que fuese exigido. Y posiblemente en época temprana. Pero creemos que faltan datos para afirmar rotundamente que desde el momento en que se comenzó a reconocer eficacia jurídica al fideicomiso, se exigiese al cumplimiento del mismo.

#### Otros casos particulares.

Sigue Ulpiano tratando temas relativos a capacidad y en concreto Qui fideicommissa relinqueré possint en el libro I de su monografía y como continuación natural al principio general, nos va mostrando algunos casos particulares.

El fragmento que vamos a analizar es el segundo situado por Lenel en este apartado de la monografía ulpiana y ha sido extraído de D. 32. 1. ( 22 )

El principio dice así: Si incertus quis sit, captivus sit an a latronibus obsecrus testamentum facere non potest. sed et si iuria sit ismarus putatus an per errorem, quis latronibus captus est, servus esse velut hostium, vel legatus qui nihil an a captivo differre putat, non posse fideicommittere certum est, quis nos testari potest, qui, an licet sibi testari dubiat.

Sobre la genuinidad de este párrafo hay algunas dudas ( 23 ). Ebrard considera alterado desde testamentum hasta potest y también qui. Beagler ( 24 ) duda de la frase vel ... putat.

( 22 ) Este fragmento, como en su momento dijimos, aparece bajo dos rúbricas en la reconstrucción efectuada por Lenel. Desde el pfo. 5, Qui fideicommissa relinqueré possint, y desde el pfo. 6 en adelante, Quorum fideicomitti, item quibus fideicommissorum relinqui possit.

A pesar de estas sospechas, lo expresado por Ulpiano en este párrafo coincide con lo que se manifiesta en Reg., XX, 11: Qui de statu suo incertus est factus, quod patre peregre mortuo ignorat se sui iuris esse, testamentum facere non potest.

La regla era clara. No podía hacer testamento al que dudaba si podía o no hacerlo, el que duda si tiene capacidad para realizar tal acto. (25). Y la consecuencia que se desprende para los fideicomisos también lo es. Si Ulpiano nos dijo que solo podían, en su época, disponer por fideicomiso los que tenían capacidad para hacer testamento, si los que dudan sobre su capacidad no pueden realizar este acto, lógico es que no puedan encomendar un fideicomiso dentro de un testamento o en un codicilo confirmado por un testamento los que se hallasen en una situación similar. Ulpiano lo que hace es extender al fideicomiso una regla de aplicación al testamento.

Esta consecuencia decimos que es lógica puesto que si se extendió al fideicomiso la regla general de capacidad activa que regía para el testamento, paulatinamente se irían extendiendo y aplicando a nuestro instituto los demás aspectos de las normas de capacidad que regulaban el testamento y los legados.

No vemos por qué se duda de la genuinidad de este párrafo ¿Cuáles son los motivos para sospechas de testamentum facere non potest? ¿Y de vel legatus qui nihil se a capto differre putat? En realidad no

(23) Vid. Index Interpolationum, col., 259.

(24) Bessler, Bindung und Lösung, (Mise), SZ 45 (1925), pag. 447.

(25) Sabido es que una de las causas por las que no se podía hacer testamento era la incertidumbre sobre el propio status, es decir, sobre la propia capacidad. El testador debía tener capacidad de testar en el momento de otorgar testamento y no debía tener ni duda ni error acerca de su capacidad. Excepción a esta regla es la del militar que podía testar aunque tuviese duda sobre su capacidad. Cfr. Bonfante, Instituciones de Derecho Romano, 8ª ed., traducida del italiano por Bacchi y Larrosa, re-  
vinada por Campuzano. Madrid 1929, págs. 580 y 582.

lo explican claramente los autores que lo señalan. Y nosotros, desde luego, no encontramos ninguna razón para no considerar clásico lo que en este párrafo se contiene.

El pfo. 1 de D. 32.1., dice así:

Sed si filius familias vel servus fideicommissum reliquerit non valet: si tamen munusculi decernisse proponantur constanter dicimus fideicommissum relictum videri, quasi nunc datum, cum mora contingat videlicet si duraverit voluntas per munusmissiones, haec utique non credet in testamentis non esse probaturos, quia nihil in testamentis valet, quotiens ipsum testamentum non valet, sed si alias fideicommissum quis reliquerit.

Este párrafo vamos a analizarle por partes.

La primera afirmación que contiene referente a que un fideicomiso encomendado por un filius familias o por un esclavo no tiene validez está en consonancia con lo que hasta aquí venimos diciendo, o sea, - la aplicación de las reglas de capacidad del testamento al fideicomiso. Sabemos que para hacer testamento se requería que el hombre gozase de los tres status, libertatis, civitatis y familias, y la mujer debía ser romana y sui iuris, además de otras condiciones especiales que integraban lo que se denominó testamenti factio activa. Las excepciones a esta regla estaban perfectamente delimitadas; en la época clásica afectaban a los servi populi romani y a los fili familias en cuanto a su peculio castrense (26 )

En general el esclavo y el filius familias no podían dejar un fideicomiso porque tan poco podían otorgar testamento al carecer de testamenti factio activa. No nos referimos a estos incapaces (aparte los casos de convalidación que más adelante estudiaremos) cuando -

(26 ) Cfr. Arias Ramos, y Arias Bonet, Derecho Romano cit., page. - 770 y 786.

afirmamos que en un principio pudieron encomendar fideicomisos los - que carecían de testamenti factio activa. Claro que los esclavos y - los filii familias, al no ser titulares de ningún patrimonio, no pue- den disponer de él ni por testamento ni por fideicomiso. Por ello, en la época de Ulpiano esto sería así referido al fideicomiso dejado en un testamen- to o en un codicilo confirmado por un testamento.

Creemos que esto es obvio y que, incluso sin esta precisión por - parte de Ulpiano, estaba en la mente de todos. Por esto no nos extra- ña la ausencia de referencias similares en los otros juristas que se ocupan de estos temas. Ciertamente es que pudo haberlas, pero también es verosímil que los compiladores seleccionasen este fragmento como re- sumen del régimen seguido, eliminando otros análogos.

Más complejas son las líneas siguientes. Sobre ellas recaen múltiples sospechas de alteración y manipulación. Biondi ( 27) lo expresa con firmeza: "La forma de estos párrafos (se refiere también al pfo. 5D.- 32.1.) proporciona huellas seguras de la intervención de los compila- dores. Aquellas expresiones enfáticas constanter dicimus y non esse probaturus son muy conocidas por los estudiosos; videlicet, es pala- bra triboniana; la locución potest defendi, aún siendo clásica, no deja de encontrarse en textos interpolados. En el final del pfo. 1, aparte la banalidad y el carácter escolástico del razonamiento (haec utique nemo credit), sorprende como los sujetos de los cuales trata- ba el texto en la parte genuina, filius familias y servus, se trans- forman inopinadamente en aquel genérico quis.

También dudan de la genuinidad Beseler y Krüger. ( 28).

El pasaje entra de lleno en un problema complejo: la convalidación de un acto jurídico hecho por un incapaz cuando ha cesado la causa que motivaba la incapacidad. Si el esclavo que no puede dejar válidamente

( 27) Biondi, La convalidazione..., loc. cit., pag. 628

( 28) Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, 3, - Tübingen 1913, pag. 198.



un fideicomiso lo hace y muere después de haber sido manumitido, afirma Ulpiano que parece valer el fideicomiso como si lo hubiese hecho en el momento de morir siempre que hubiese perseverado en su voluntad después de la manumisión.

Biondi ( 29 ) mantuvo con firmeza que esto, junto con la convalidación del fideicomiso efectuado por el deportado, no puede ser clásico por estar en contradicción con la doctrina clásica sobre este tema.

Ferrini ( 30 ) por el contrario, no dudaba de que lo contenido en el mismo fuese dicho por Ulpiano y afirmaba que el que aparezca así recogido en el Digesto es debido a una equivocación, a un error de los compiladores ya que lo expuesto tendría difícil cabida en el derecho justinianeo.

Perozzi ( 31 ) advirtió que las decisiones contenidas en este párrafo debían considerarse como abolidas en el nuevo derecho (se refiere, naturalmente, al justinianeo).

Buckland ( 32 ) sin embargo, duda de la genuinidad del argumento y sospecha que éste sea obra de los compiladores, pero no trata de fundamentar estas sospechas.

Biondi no logró convencernos con sus argumentos de que la afirmación de Ulpiano con respecto a la convalidación no sea realmente clásica.

Admitimos la manipulación formal del texto ya que en él hay claros signos de la intervención de los compiladores ( 33 ), pero creemos que

( 29 ) Biondi, La convalidazione... loc. cit. pag. 625 y ss. Decimos mantuvo, porque posteriormente Biondi rectificó totalmente esta primitiva posición. Vid. nota ( 37 ).

( 30 ) Ferrini, Teoria Generale..., pag. 75.

( 31 ) Perozzi, Istituzioni di Diritto Romano, citado por Biondi en la convalidazione... nota ( 1 ) pag. 626. No hemos podido contristar directamente lo dicho por este autor.

esta afecta solamente a la forma y que el fondo, el contenido, puede ser de Ulpiano y, por ende, clásico.

Sabido es que la intervención de los compiladores a veces se limitó a retocar los textos, sanjando la cuestión controvertida con la opinión del autor clásico que consideraban más acertada, y manifestaban esta opinión de forma tajante. Por ello el que en algunos fragmentos aparezcan claros signos de manipulación no quiere decir que el contenido haya variado substancialmente. Y este que estamos tratando puede ser uno de estos fragmentos, en base a las consideraciones que a continuación vamos a exponer.

Biondi aporta dos fragmentos referidos al testamento pretorio en los que se rechaza la convalidación. El primero es de Ulpiano 39 ad ed. (D. 37.11. 1,8) y dice: Exigit praetor, ut is, cuius honorum possessio datur, utroque tempore ius testamenti facendi habuerit, et cum facit testamentum et cum moritur, proinde si imber vel furiosus vel quis alius ex his qui testamentum facere non possunt testamentum fecerit, deinde habens testamenti factionem decesserit, peti honorum possessio non poterit, sed et si filius familiae putans se patrem testamentum fecerit, deinde mortis tempore pater familiae inveniat, non potest honorum possessio secundum tabulas peti, sed si quis utroque tempore testamenti factionem habuerit, nullo tempore non habuerit, honorum possessio secundum tabulas peti poterit.

El fragmento de Modestino del lib. V Pandectarum, que se encuentra en D. 28. 1.19, dice así: Si filius familiae aut mulier aut servus tabulas testamenti fecerit signaverit, secundum eas honorum possessio dari non potest, licet filius familiae qui iura aut mulier pube

(32) Buckland, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, pag. 683,-- Se expresa en estos términos: "The style is rather that of a legislator, and the rule may be from the compilers".

(33) Aunque no precisamente de Triboniano si hemos de dar fe a los resultados obtenidos por Honoré en el estudio de este jurista (Tribonian, Londres 1978) Ni constanter dicemus, ni non esse probaturus, ni videlicet se registran como expresiones típicas de Triboniano. Dentro de la comisión papiniana que fue la que trabajó sobre la monografía de Ulpiano, pudo ser Gratino (según Honoré, op. cit. pag. 260) quien retocó el texto.

aut servus liber factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamen-  
torum, quas la fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit.

En estos fragmentos se recoge lo que en aquella época ya era de aplicación para los testamentos: el rechazo del testamento efectuado por el que no tiene capacidad en el momento de otorgarlo pero que la adquiere con posterioridad a la realización de este acto. No se admite la convalidación del testamento por la posterior adquisición de la capacidad requerida. ;

Pero Biondi no vio que la extensión del régimen del testamento y del legado al fideicomiso en lo relativo a la capacidad no se efectuó en bloque; es decir, que las limitaciones, prohibiciones y requisitos que existían para el testamento y para el legado no se impusieron de una vez al fideicomiso, sino que esta adaptación y modelación de una figura con respecto a la otra se produjo a través de un lento proceso de acercamiento.

Por ello dijimos antes, y repetimos ahora, que no estamos de acuerdo con Biondi cuando dice que "la capacidad para dejar un fideicomiso fue valorada constantemente en la medida de la capacidad de hacer testamento" (34). Estimamos que hubo normas relativas a la capacidad para dejar testamento que aunque al final de la evolución fuesen de aplicación para el fideicomiso, en un principio no lo fueron.

Creemos además que aquí el texto de Ulpiano confirma nuestra apreciación. No desconoce al jurista la imposibilidad de convalidación del testamento otorgado por un incapaz, pues aparte del fragmento antes citado en que hace referencia a ello, en el párrafo que estamos estudiando afirma que en lo relativo a la convalidación "nadie puede pensar que lo decimos respecto a los testamentos, pues cuando el testamento es inválido nada vale de lo que en él se contiene, sino que lo decimos para el fideicomiso dejado de otra forma".

(34) Biondi, La convalidazione..., loc. cit. pag. 627

Biondi insiste aportando fragmentos de Ulpiano en los que se hace referencia a la testamenti factio activa para poder encomendar fideicomisos. ( 35) Pero estos fragmentos hacen referencia a fideicomisos encomendados dentro de un testamento o en un codicilo confirmado por un testamento. Pero en los dejados de otra forma que no sea el testamento ( 36), cuando el otorgante fuese un incapaz (Ulpiano habla del esclavo y del deportado) cabría la posibilidad de convalidación siempre y cuando alcanzase la capacidad requerida y siguiera persistiendo en la voluntad manifestada de otra forma que no fuese en el testamento.

Pero nosotros intentamos avanzar más, aunque esta vez sin apoyo - en los textos. Consideramos que esta afirmación de Ulpiano pudo ser restrictiva y que posiblemente limitó las oportunidades de convalidación a estas personas (esclavos manumitidos y deportados), porque - con anterioridad, y en base a la flexibilidad de que gozaba el fideicomiso, existiría la posibilidad de convalidar fideicomisos otorgados por otras categorías de incapaces, y éste a su vez, sería un paso intermedio para llegar, retrocediendo en el tiempo, al momento en que ciertas personas incapaces para actuar jurídicamente en Roma, pero - que disponían de bienes, pudiesen encomendar al destino de estos por medio de fideicomisos (p.e., el extranjero al que con anterioridad - nos referíamos).

No hemos encontrado textos que puedan confirmar estos extremos, - pero precisamente la aparición tardía de los que limitan la capacidad (hacia el año 200 p. C.) y la ausencia en años anteriores de - otros que sostengan lo contrario, nos hace mantener esta hipótesis.

Con todo esto concluimos, a fuer de ser reiterativos, que el fideicomiso tuvo un régimen diferente al del testamento y al del legado no solo en sus orígenes sino también después de haberle sido recogido.

( 35) Ulpiano, Regulae XXV, 4. D. 32.1, pr. y 2.

( 36) No debemos olvidar la libertad de forma que gozó el fideicomiso (se podían encomendar oralmente, por señas, etc.).

nocida eficacia jurídica. Y una de las diferencias que pudo observar con el testamento sería esta relativa a la convalidación. La equiparación de regímenes se fue produciendo poco a poco, y no se puede más tener basándose en textos del año 200 p.C. referidos exclusivamente al testamento y al legado o, a lo sumo, al fideicomiso dejado por medio del testamento, que lo que en estos esté recogido fuere también de aplicación a otros tipos de fideicomiso y desde tiempos anteriores a esa fecha.

Además, el hecho de que exista una literatura específica sobre fideicomisos a lo largo de la época clásica creemos que es prueba de que la función estaba aún lejos de haberse operado. Hubiese sido absurdo por parte de los juristas clásicos dedicar su esfuerzo y su trabajo a elaborar unas obras monográficas para reflejar en ellas el mismo régimen que venía observándose para los legados o para el testamento, los cuales eran debidamente tratados en los lugares pertinentes (37).

El párrafo 2º de D. 32.1 dice así: III. quibus aqua et ignis interdictum est. item deportati fideicommissum relinquere non possunt. quia nec testamenti faciendi ius habent. cum sint

Hace aquí referencia Ulpiano a dos modalidades del exilium: la aqua et ignis interdictio y la deportatio. Anterior en el tiempo -

( 37 ) Debemos hacer notar que el mismo Biondi rectificó su postura con respecto a este problema. En la edición de 1955 de SucceSSIONE testamentaria e donazioni nota (1) pag. 291, nos dice - que en uno de sus primeros trabajos (la convalidazione del testamento fatto dall'incapace, al que nosotros nos hemos estado refiriendo), consideró que tal convalidación (la contenida en D. 32.1.) se debió a Justiniano y que no puede mantener ahora esa postura por las razones que expone en el texto. Estas razones son: -Que los principios sobre la testamenti factio se van adaptando según aconseja la estructura del instituto. -Que a diferencia del legado, el fideicomiso dispuesto por un incapaz (esclavo o deportado) fuera de un testamento, es válido cuando el disponente muere siendo capaz, siempre que in tale voluntate duraverit. Y esto es así, nos dice, porque si se considera que el fideicomiso se funda sobre la simple voluntad y se llega incluso a admitir un fideicomiso puru, no parece ilógico - que, manteniéndose la voluntad del disponente, el fideicomiso

es la interdicción de agua y fuego utilizada ya en la República y - que traía consigo el abandono de Roma y, según los casos, confiscación de los bienes. En tiempos de Augusto se introdujo la otra modalidad, deportatio, que fundamentalmente se diferenciaba de la interdictio en que en ésta el condenado podía elegir el lugar en donde iba a fijar su residencia y en la deportatio este lugar venía determinado por quien condenaba.

Pero a partir de Tiberio (alrededor del año 23 p.c.) se agravaron ambas penas (38) con la pérdida del derecho de ciudadanía (capitis deminutio media).

Esta agravación en orden a la sucesión traía como consecuencia - que los condenados a estas penas "no podían heredar a nadie, ni nadie podía heredarlos a ellos". Mommsen dice que "se les prohibía adquirir cosa alguna por causa de muerte, como tampoco dejar nada a nadie por la misma causa" y que "sus testamentos eran declarados nulos" (39).

La imposibilidad de instituirles herederos está recogida en una - constitución de Tito (40) en la que se asimila al deportado con el extranjero. Las únicas excepciones son las del testamento del mili-

(Continuación nota 37) se considere quasi nunc datum cum mora contin- gerit, cuando no se haya dejado en un testamento, caso en el - cual, nil in testamento valet captiundipsum testamentum non valet. Estas conclusiones a las que llegó Biondi son similares a las que nosotros extraemos del análisis de estos párrafos.

(38) Aunque coexistieron, la interdictio fue poco a poco cayendo en desuso desplazada por la deportatio. Vid. en este sentido Landucci, Storia del Diritto Penale Romano, 2ª edic., Verona-Pado- va 1898, pag. 857, Humbert, voz Exilium en Daremberg-Saglio - Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, Paris 1892, (Reimpresión Graz 1969). Hay quien sostiene que la pérdida de la ciudadanía afectaría en un principio solamente a los depor- tados in insulam, pero la opinión más generalizada es que a - partir de Tiberio tanto la interdictio como la deportatio en - cualquiera de sus manifestaciones llevaba consigo la pérdida - de ciudadanía. Vid. en relación con este punto Mommsen, Leis che Strafr. cit., pag. 979 Costa Crimini e Feno da Romolo a Giu- stiniano. Bologna 1921, pages. 44 y 94-96.

(39) Mommsen, Römisches Strafrecht, pag. 958.

tar en el que puede aparecer instituido heredero un deportado, y el legado de alimentos, permitido después de un rescripto de Caracalla (41).

Dada esta situación, es lógico que los interdictados y los deportados no pudiesen encomendar fideicomisos válidamente desde el momento en que se exigió la testamenti factio activa para poder hacerlo. Antes de que la interdicción y la deportación acarreasen la penalis deminutio media, podrían perfectamente utilizar el fideicomiso pues no sufría variación la condición personal del condenado que seguiría siendo ciudadano y como tal podía realizar los actos a los que le daba derecho su condición.

En el Index aparece como sospechoso de interpolación interdictio (42), pero no observamos en este caso nada que nos pueda hacer pensar en la no genuinidad de estas palabras. ¿Por qué la referencia a los deportados no puede ser de Ulpiano que en cambio sí habla de los que sufren interdicción de agua y fuego? El efecto de la pérdida de ciudadanía desde que se introdujo fue siempre común, a ambas penas. Es más, posiblemente en la época de Ulpiano la interdictio aqua et igni fuese un recuerdo histórico, o a lo sumo de muy rara aplicación pues como ya dijimos, desde el comienzo del Principado empezó a ser desplazada por la deportatio.

Si ambas penas llevaban consigo la privación de la ciudadanía, y, por ende, los castigados con las mismas no podían en época de Ulpiano dejar testamento y se les prohibía adquirir cosa alguna por causa de muerte y dejar nada a nadie por la misma causa, lo lógico es que si Ulpiano se refiere a los interdictados, hable también de los deportados cuya situación a este respecto es similar.

(40) C. 6.16.1.

(41) Así en D. 29. 1.13, 2 y D. 48.22.16

(42) Index Interpolationum, col., 259. Quien señala la interpolación es Cohn en Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts. Nos ha sido imposible comprobar lo que dice Cohn, pero por el signo que aparece en el Index, parece ser que las palabras en cuestión son atribuidas a Triboniano, o fueron introducidas antes de Triboniano.

También en el Index se hace referencia al ἀποκρίσις que aparece al final del párrafo en el sentido de que se duda pueda estar interpolado. (43) Consideramos que no tiene trascendencia ninguna para nuestro estudio el que esta palabra en concreto haya sido o no utilizada por Ulpiano. Que Ulpiano usase un vocablo griego para aclarar - aún más lo que viene diciendo no nos parece extraño, como no lo es - el uso del griego por muchos juristas clásicos en sus escritos, - bien porque procedían de la zona helénica del imperio, bien porque - con ello mostraban su dominio de una lengua ajena y prestigiosa (44)

De los juristas que están siendo objeto de nuestro estudio, Paulo parece haber escrito una monografía sobre derecho de propiedad πείσι δικαιονομίας (45) en idioma griego, y se atribuye a Meciano una obra De lege Rhodia (46) igualmente escrita en griego.

Pero, aún en el caso de que tales obras hubieran sido escritas originariamente en latín para ser luego traducidas, no es éste el único lugar en el que Ulpiano utiliza un vocablo o frase en griego. No es que prodigue mucho el uso de esta lengua en sus escritos, pero en una visión no exhaustiva podemos señalar que en el libro I De officio proconsulis utiliza esta lengua (47) al igual que en el libro IX de la misma obra (48) y en el I de Appellationibus (49).

Por ello nos inclinamos a considerar que pudo Ulpiano utilizar el \_\_\_\_\_ y no el nullius civitatis cives que propone Meyer (50).

- (43) Index Interpolationum col. 259. Aquí aparece ἀποκρίσις (?) Meyer P.M. en Miscellen, SZ 46 (1926) 265 es quien lo señala en estos términos: "... und Ulpian 32.1.2 werden side ἀποκρίσις (ob interpoliert?)..."
- (44) Entre otras tenemos las obras de Papiniano ἀποκρίσεις νεωτέρων παιδῶν, Lenel, Pal., I, col. 809 y De excusationibus libri VI, - de Modestino, Lenel, Pal., I, 707 a 718.
- (45) Lenel, Pal., I, 966. Schulz sin embargo no la cree obra original de Paulo sino una derivación (a greek gloss) (History 254)
- (46) Lenel, Pal., I, 538. V. sin embargo Schulz, History cit. 255.
- (47) Lenel, Pal., II, cols. 967-968, D.1.16.4,5 y D.1.16.6,3.
- (48) Lenel, Pal., II, col. 986, D. 47.11.9
- (49) Lenel, Pal., II, col. 379, D. 49.1.1.1.



El párrafo 3º dice: Deportatos autem eos accipere debemus, quibus princeps insulam adnotavit vel de quibus deportandis scripsit: est- rum prius quam factum praesidia comprobet, nondum amissas quia civi- tatem videtur proinde attente decessisset cibus decessisset videtur et fideicomissum, quod ante reliquerat, quam sententiam pateretur, va- lebit: sed et si post sententiam antequam imperator comprobet, vale- bit quod factum est, quia certum statum usque adhuc habuit.

Aquí nos dice Ulpiano quien debe entenderse como deportado y cuan- do se puede decir que el castigado con la deportación deja de ser - ciudadano romano, y, por tanto, carece de la capacidad necesaria para encomendar un fideicomiso.

Distingue Ulpiano entre los deportados castigados por el príncipe a no salir de una isla (deportatio in insulam) o con sentencia de de- portación (debemos entender que dictada por el príncipe o por los - que tenían competencia para imponer tal tipo de penas), para los que la pérdida de la ciudadanía era inmediata, ( 51) y los castigados - por el gobernador, cuyo decreto de deportación debe ser confirmado por el príncipe.

Los gobernadores no podían imponer este tipo de penas sino que - sus facultades alcanzaban exclusivamente a proponer la imposición de las mismas, y era el emperador el que decidía ( 52).

(50 ) Op. cit., pag. 265.

( 51 ) Sucedia en los casos de lesa majestad y de concusión que los efectos se retrotraían al momento de la comisión del delito. - En los demás casos la pérdida de ciudadanía comenzaba a surtir efectos desde el momento en que en la sentencia se le imponía la pena. La retroacción de los efectos tenía lugar aún en el - caso de que el autor del delito hubiese fallecido, como consta en C.9.8.6. También aparece esto claro en un texto de Modesti- no, D. 48.2.20.

( 52 ) Mommsen, Römische Strafrecht pag. 975. Landucci, op. cit., no- ta (5) pag. 858.

( 53 ) D. 48.19.2,1 (Ulp. 48 ad edic.): ... praesiden enim deportare non posset nulla dubitatio est. D. 48.22.6,1 (Ulpiano 9 de offi- cio proconculis): deportandi autem in insulam ius praesidibus provinciae non est datum. En este fragmento también se nos di- ce el procedimiento que debe seguir el gobernador para actuar en estos casos.

Claro es que fueron pocas las personas que tuvieron competencia - para imponer la pena de deportación, posiblemente por las graves consecuencias de la misma. De la falta de competencia del gobernador provincial tenemos varias noticias además de este texto de Ulpiano - que estamos analizando (53).

Podían, pues, imponer la pena de deportación y los efectos de la misma eran inmediatos: -el príncipe; -el prefecto del pretorio; -el viceprefecto del pretorio (con mandato del príncipe); y el prefecto de la ciudad a quien le fue concedido el derecho a deportar por una epístola de Septimio Severo y Caracalla (54).

En base a todo lo expuesto, el deportado cuyo decreto de deportación ha sido dado por el gobernador de una provincia y todavía no ha sido confirmado por el príncipe, puede válidamente encomendar un fideicomiso, puesto que la ciudadanía no se pierde hasta que el príncipe confirmase el decreto de deportación. Pero Ulpiano en el fragmento estudiado matiza aún más: Es válido el fideicomiso encomendado antes de ser condenado el fideicomitente si éste muere antes de la confirmación imperial, pues era ciudadano cuando lo encomendó y tenía aún un estado cierto cuando murió. Pero también es válido el fideicomiso hecho después del decreto del gobernador y antes de la confirmación imperial, pues como dice Ulpiano, ... cortum statum uoque adhuc habuit, es decir, porque tiene todavía en ese momento una situación - cierta lo que le permite como ciudadano, si es su voluntad, encomendar un fideicomiso. (Salvo, claro es, que el delito por el que es condenado a la deportación fuese el de lesa majestad o el de concusión, en los que, como ya vimos, los efectos de la condena se retrotraen, aun muerto el autor, al momento en que el delito fue cometido).

No convence Mommsen cuando dice que "en parte alguna se dice de un modo concreto qué es lo que acontecía con el condenado en el caso de que el emperador no aceptara la petición o propuesta de imponer la deportación, sin embargo, como quiera que la sentencia del tribunal

(54) Vid. D. 43.19.2.1; D. 43.22.6.1 y D. 32.1.4.

le había ya privado del derecho de ciudadanía, aún antes de haberle señalado un domicilio forzoso, lo que en tal caso debía de suceder es que sería preciso contentarse con la interdicción del reo dentro de los límites trazados anteriormente, o sea, imponiéndole la relegación perpetua del territorio de la correspondiente provincia... (55)

Estimamos que tampoco se encuentra en parte alguna qué sucedía con el condenado cuando el emperador no aceptase la propuesta de deportación, pero sí que hemos encontrado, en cambio noticias que afirman que nadie pierde la ciudadanía hasta que el Príncipe haya decidido su deportación (56) o que ésta haya sido decidida por aquellos que tienen competencia para imponerla y que su decisión no depende de la aprobación o no de una instancia superior (57).

Extraña que pueda decirse que la sentencia del tribunal privaba al deportado del derecho de ciudadanía más aún cuando el propio Mommsen cita en otras partes de su obra, hablando de la deportación, el texto de Ulpiano 48 ad edictum recogido en D. 48.19.2.1: Constat, postquam deportatio in locum aquae et ignis interdictionis successit non prius amittere quam civitatem, quam princeps deportatum in insulam statuerit... que expresa que nadie pierde la ciudadanía hasta que el Príncipe haya decidido su deportación (58). Es más, el mismo Mommsen nos dice (59) que "la pérdida del derecho de ciudadanía en casos de deportación, iba aquí legalmente unida a la sentencia penal, o, más bien, a la ejecución de la misma". La opinión de Mommsen que rechazamos no solo se contradice con estas afirmaciones aquí señaladas sino también con la idea general que expone al tratar de la deportación. Hablando de las peticiones al emperador (60), nos dice que -

(55) Römische Strafrecht, pag. 976.

(56) D. 48.19.2.1

(57) Prefecto y viceprefecto del protorio; prefecto de la ciudad. Vid. fragmentos citados en nota ( ).

(58) Römische Strafrecht, nota (3) pag. 957 y nota (4) pag. 975.

(59) Römische Strafrecht, pag. 957.

(60) Römische Strafrecht, pag. 273.

"Las penas de reclusión grave o de deportación y trabajo forzoso, introducidas por el emperador Tiberio, no podían ejecutarse, por regla general, sin la intervención de una autoridad que no estuviere subordinada al tribunal que hubiese impuesto la condena, y por lo tanto, estas penas, ... solamente podían decretarse después que el emperador hubiese dado su aprobación al efecto". Distingue aquí entre la ejecución de la pena y el momento en que la pena puede decretarse y en los dos casos era necesaria la aprobación del emperador. No entengamos por ello el por qué y el alcance que Mommsen quiere dar a su afirmación.

En el caso del gobernador provincial hay un fragmento que pone en relación la competencia para deportar y la pérdida inmediata de la ciudadanía: ... praesides enim deportare non posse nulla dubitatio est, sed praefectus urbi ius habet deportandi statimque post sententiam praefecti amissionem civitatis videtur. (61) Deducimos de aquí que aunque el tribunal provincial hubiese condenado a deportación la pérdida de ciudadanía no se producía hasta la confirmación imperial de la propuesta de imposición de esa pena. En cambio, el condenado por el praefectus urbi perdía inmediatamente la ciudadanía.

Este fragmento, que también pertenece a Ulpiano confirma lo que venimos diciendo; esto es, la existencia de un período de tiempo, desde la condena del tribunal provincial hasta la confirmación de la propuesta por el príncipe, en el que el condenado, al tener todavía un status cierto puede encomendar un fideicomiso y la validez de este encargo si el fideicomitente muere antes de la confirmación imperial (62).

En caso de admitirse la opinión de Mommsen, que por otra parte los textos que estamos viendo desmienten rotundamente, no cabría la posibilidad de encomendar un fideicomiso en este período intermedio

(61) D. 48.19.2. 1

(62) En D. 48.22.6.1, que trata el procedimiento a seguir por el gobernador provincial cuando estima que se debe deportar a alguien no habla en ningún momento de pérdida de ciudadanía durante el período de espera a la resolución definitiva del emperador. Lo más que dice es que el reo permanecerá en la cárcel mientras se hace la preceptiva consulta al emperador.

pue, según él, no existiría tal fase en la que el condenado conserva todavía la ciudadanía.

Pero además esta afirmación de Mommsen no concuerda con las líneas generales de la administración de justicia en las provincias. En la época a la que nos estamos refiriendo en la que ya el princeps había asumido la mayoría de los poderes, dependía de él la administración de justicia penal incluso en las provincias. ( 63) Y en casos tan graves como la deportación que suponía la pérdida de la nacionalidad no es extraño que el princeps reclasase para sí el conocimiento de los mismos y que hasta que él no hubiese decidido no se produjesen totalmente las consecuencias que la pena acarrea.

De este párrafo no hemos encontrado ninguna sospecha de alteración o manipulación. Evidentemente su contenido refleja la situación con referencia a este problema en la época de Ulpiano y aún en épocas anteriores.

El párrafo 4º dice: A praefectis vero praetorio vel eo, qui vice praefectis ex mandatis principis cognoscet, item a praefecto urbis deportatos (quia ei quoque epistula divi Severi et imperatoria restat ius deportandi datum est) statim amittere civitatem et ideo nec testamenti faciendi ius, nec fideicommittendi constat habere.

La mayor parte de lo dicho en el párrafo anterior nos sirve para el comentario de éste. En él contempla Ulpiano el caso del condenado a deportación por aquellos cuya sentencia lleva consigo inmediatamente la pérdida de la ciudadanía. Estos, en contraposición con los condenados por el gobernador de la provincia, no pueden otorgar testamento ni encomendar fideicomisos desde el mismo momento de la condena, pues desde ese mismo momento dejan de ser ciudadanos y al cargar de testamentum ti factio activa, ligada a la ciudadanía, sería nulo todo acto de este tipo que realizasen.

( 63) Vid. De Martino, Storia della costituzione romana, IV, Napoles 1962, pag. 741

No merecería más atención este párrafo si no fuese porque encontramos unas ligeras diferencias entre lo dicho en 61 y otros dos fragmentos que ya hemos citado, D. 48.19.2,1 (Ulpiano 49 ad edictum) y D. 48. 22.6,1, con respecto a las personas cuya sentencia acarrea inmediatamente la pérdida de ciudadanía.

En el párrafo que estamos estudiando alude Ulpiano al prefecto del pretorio, al vico prefecto que juzga con mandato del príncipe y al prefecto de la urbe que tiene derecho a deportar por una epístola de Septimio Severo y de Caracala.

En D. 48.19.2,1, no alude al príncipe y al prefecto de la ciudad, y también a este último hace referencia Ulpiano en D. 48.22.6,1, indicando que así lo declara una epístola de Severo dirigida al prefecto de la ciudad Fabio Cilón.

Las obras a que estos fragmentos pertenecen, De fideicommissis, - Ad edictum y De officio proconsulis fueron escritas bajo el imperio de Caracalla. (64)

En el fragmento correspondiente al comentario al edicto no nos dice que la competencia le venga al praefectus urbi de una epístola de Septimio Severo, y en cambio lo hace en el fragmento perteneciente a De officio proconsulis; y en el fragmento de De fideicommissis hace referencia en este punto a epistula divi Severi et imperatoris nostri (imperatoris nostri sin lugar a dudas hace referencia a Caracala).

Todas estas diferencias nos sugieren las siguientes preguntas: - ¿El prefecto y el vico prefecto del pretorio tenían competencia para deportar, o les fue conferida por Caracala una vez que Ulpiano había escrito ya las obras en las que no se les menciona y antes de confeccionar su monografía sobre fideicomisos en la que ya se los cita?

(64) Lenel, Pal., II, Auctorum et Librorum index chronologicus. No nos detenemos a estudiar cual de ellas es la más moderna o la más antigua.

En mi opinión es esto último lo más verosímil: los comentarios al edicto y los libros de officio proconsulis fueron escritos por Ulpiano o anterioridad a su obra sobre los fideicomisos (65).

¿Es una la epístola de Septimio Severo y Caracala durante el período que compartieron el imperio (193-211 p.e.), o dos las que confieren competencia a los prefectos de la ciudad para deportar?

(65) Sabemos la importancia que fue adquiriendo durante el principado el cargo de prefecto del pretorio que englobaba en su peripato importantes poderes civiles y militares. Entre los poderes civiles, según Howe, The praetorian prefect from Commodus to Diocletian, (ristampa anastatica dell'edizione Chicago 1942, -reimpresión Roma 1966), pag. 32, en materia judicial actuaba como un representante personal del emperador. Desde antiguo, siguiendo a este mismo autor, formaría parte del Consilium principis, y, por supuesto, a partir de Adriano, que reorganizó el consilium estableciendo unos miembros permanentes, el prefecto del pretorio formaba parte de él.

En el orden concreto de la administración de justicia, llegó a ser el órgano más importante después del emperador. Su jurisdicción, en la época que a nosotros nos interesa, se extendía sobre toda Italia a partir del centenarium miliarium que era - hasta donde llegaba la del prefecto de la ciudad. Tanta fue la preponderancia que con el tiempo alcanzó que Arcadio Gerardo nos dice en su De officio praefecti praetorio que sus decisiones fueron inapelables porque el príncipe consideró que por su categoría y dignidad no podía juzgar de otra manera diferente a la de él mismo (D. 1. 12.1.1).

El papel que desempeñaba el prefecto del pretorio en la constitución política del principado no nos es plenamente conocido. Howe, op. cit., pag. 38-40, apunta varias posibilidades: -funcionario militar especializado encargado de funciones de un -quasi-magistrado; -magistrado normal parecido al cónsul y al -pretor; -un vice príncipe, que es la posición que más le conviene. Posición parecida le asigna De Martino, op. cit., V, -Napoles 1967, pag. 113, y IV, Napoles 1962, pag. 578, que nos dice que la importancia de este cargo se consolidó con los Severos y que por la extensión de sus poderes se convirtió en el más importante cargo del imperio después del emperador, una especie de cargo de primer ministro o de virrey. No puede extrañar por tanto que un dignatario de tan alta categoría tuviera ya en época de Ulpiano competencia para dictar sentencias de -deportación y que su decisión supusiera la inmediata pérdida -de ciudadanía para el condenado.

¿Por qué Ulpiano no hace referencia a él en los dos fragmentos antes aludidos? (D. 48.19.2.1 y D. 48.22.6.1) Posiblemente - porque en ellos la atención la acapara el prefecto de la ciudad que es a quien más recientemente se le ha concedido esta compe-

Creamos se trata de una sola epístola del tiempo en que gobernaron juntos Septimio Severo y Caracala. (66).

Beseler (67) sospecha de la genuinidad de la última parte de este párrafo, concretamente desde et ideo hasta fideicommissandi y - del habere final. Según él propone el párrafo concluiría así: ...statim mitti ad civitatem constat.

Una vez más tenemos que rechazar esta sospecha de interpolación.- Creamos que el párrafo, desde un punto de vista lógico, está perfectamente construido y que con la supresión que propone Beseler no tendría sentido su inclusión en una monografía sobre fideicomisos, puesto que en ese lugar Ulpiano se refiere a las consecuencias de la pérdida de la ciudadanía en relación con la capacidad para otorgar testamento y encomendar fideicomisos.

En el párrafo 5º Ulpiano se expresa en estos términos: Si quis - plane in insulam deportatus codicillos ibi fecerit et indulgentia - imperatoria restitutis iadem codicillis durantebus decesserit, potest defendi fideicommissum valere, si modo in eadem voluntate duravit.

De este párrafo ya hemos hecho referencia cuando tratamos D.32.1.1 es decir, opinamos que el fideicomiso que se contiene en un codicilo hecho por un deportado en una isla, nulo por carecer el disponente - de capacidad para realizarlo a partir del momento en que se exigió - la testamenti factio activa para efectuar tal tipo de actos, puede - ser convalidado si el deportado es amnistiado por el emperador y muere sin haber revocado el codicilo que hizo en situación de deportado, siempre que hubiese perseverado en aquella voluntad.

(Continuación n-ota 65) tendia. Pero en el fragmento de De fideicommissis en el que se hace una enumeración de las personas que tienen esta competencia, no faltan ni el prefecto ni el vice - prefecto del pretorio.

(66) Ulpiano se refiere a una sola epístola, en singular, de Divi - Severi, por lo tanto ya fallecido en el momento de la redacción de la obra, y et imperatoris nostri Caracala, reinante en los años de aparición de De fideicommissis.



Nos podemos preguntar como sabemos que el amnistiado perseveró en la voluntad que emitió siendo deportado. Estimamos a este respecto - que no sería necesario ningún acto de tipo formal que demostrase esta perseverancia y que sería suficiente la ausencia de revocación para que se estimase convalidado el fideicomiso nulo en origen.

En cuanto a las interpolaciones apreciadas en el párrafo por Biondi (68) nos remitimos a lo ya dicho en D. 32.1.1. así como también nos remitimos a lo allí expuesto en lo referente a las conclusiones extraídas.

Con este párrafo concluye Ulpiano, según la distribución de materias hecha por Lenel en la Pelingenesia, la parte relativa a qui fideicommissa relinquere possint para, a partir del pfo. 6º de D. 32.1, tratar los temas relativos a Quorum fideicommissi. item quibus fideicommissum relinqui possit.

Los otros juristas que tratan sobre capacidad ( ) -Mediano y Valente- no hacen referencia en la parte de su obra que Lenel rubrica qui fideicommissa dare possint y de capacitate a estos problemas estudiados por Ulpiano. Podría considerarse que no escribieron sobre ellos, pero nos inclinamos a pensar que no fue así. Creemos que no solo Mediano y Valente sino también los otros juristas estudiados - por nosotros tratarían sobre quiénes podían encomendar fideicomisos. El por qué no han llegado hasta nosotros sus escritos lo venimos repitiendo a lo largo de este trabajo. Los compiladores, en su labor de selección, escogieron los fragmentos de Ulpiano y Valente y Mediano desechando los de los otros para evitar reiteraciones o por estar su contenido superado por lo que Valente, Mediano y Ulpiano exponían en sus monografías.

(67) Mansueti en SZ 45 (1925) 474; Index Interpolationum col. 261.

(68) Biondi, La convalidazione... loc. cit, pag. 628: (idem codicillis durantebus y al modo in eadem voluntate duravit).

### B. Los textos de Modiano.

Seguimos con nuestro trabajo estudiando los fragmentos de Modiano que aparecen en la Palimpsesta bajo el epígrafe Qui fideicommissa daret possint. El primero de ellos, perteneciente como los dos restantes al libro I de De fideicommissis, fue situado por los compiladores justinianos en D. 50.17.93., título dedicado a De diversis regulis iuris antiqui. El fragmento dice lo siguiente: Filius familias necne retinere necne recipere necne suae possessionem rei peculiaris videtur.

En primer término sorprende su contenido al no hacer ninguna referencia a los fideicomisos a pesar de estar incluido en una monografía dedicada a ese instituto y llama también la atención que en la reconstrucción llevada a cabo por Lenel se le sitúe bajo el epígrafe Qui fideicommissa daret possint.

¿Por qué formó parte de una obra monográfica sobre fideicomisos - cuando para nada hace referencia a ellos? ¿Qué es lo que hizo que un fragmento concebido en tales términos tuviese su sede en ese lugar?

Posiblemente, y aquí nos movemos en el terreno de la hipótesis, - Modiano estaría tratando de la capacidad del filius familias en orden a la disposición de las cosas que integraban el peculio (69). Es posible también que hubiese diferenciado entre la capacidad del hijo - para disponer por testamento o por fideicomiso teniendo en cuenta - la clase de peculio de que se tratase -profecticio o castrense- (70) y que refiriéndose al profecticio mantuviese, como era notorio, que el filius familias carecía de capacidad para disponer de él tanto por

(69) Esta hipótesis, por otra parte, no es muy aventurada si tenemos en cuenta que los otros dos fragmentos que se han conservado - del libro I de Modiano siguen tratando temas relacionados con los peculios en el marco del derecho de sucesiones.

(70) Hay que hacer notar que los otros tipos de peculio conocidos - por los romanos son de aparición posterior al tiempo en que este jurista vivió. El adventicio inició su caracterización con Constantino y el cuasicastrense también comenzó su andadura en el Bajo Imperio.

testamento como por fideicomiso. En su exposición argumentaría el - por qué de esta carencia de capacidad revisando todas las posibilidades de actuación del hijo sobre el peculio profecticio.

Avanzando aún más en nuestra hipótesis podemos suponer en que - términos se expresaría Meciano. Sus argumentos pudieron ser similares a los que a continuación señalamos: "El filius familias no sólo carece de capacidad para disponer por fideicomiso de las cosas pertenecientes al peculio (profecticio), sino que no parece que pueda ni retener ni recuperar ni adquirir la posesión de una cosa que pertenezca al peculio"; e b ient: "El el filius familias no puede ni retener ni recuperar ni adquirir la posesión de una cosa perteneciente al peculio, ¿Cómo va a tener capacidad para disponer por fideicomiso de las cosas pertenecientes al mismo?" Por este camino, cualquiera de los argumentos que puedan construirse, si no es ninguno de los señalados, sería el utilizado por Meciano.

Atendiendo a estas consideraciones, el contenido de este fragmento tendría un sentido claro en el contexto general de la obra de Meciano, pero aislado de la misma, hace que nos sugiera las interrogaciones apuntadas sobre su pertenencia a una monografía dedicada al estudio de los fideicomisos. Pero el que el fragmento aparezca aislado tiene también una explicación lógica. Los comisionados Justinianeos le situaron, como hemos dicho, en el tit. 17 del libro 30 del Digesto dedicado a De diversis regulis iuris antiqui. Para la confección de este título seleccionaron y aislaron de su lugar natural lo que para ellos constituía una regula iuris, despreciando y desechando lo que antecedia y continuaba a la frase seleccionada. Esta, en sí considerada, tenía el sentido que ellos buscaban. Por desgracia - para nosotros la totalidad de las obras de los juristas clásicos - excepción hecha de las Institutiones de Gaius - no se han conservado completas, y solo nos han llegado de ellas los retazos que aparecen recogidos especialmente en el Digesto. Así, cuando Lenel reconstruyó en su Palingenesia Quaestiones de fideicommissis reintegró en su lugar este fragmento que pertenecía al libro I de la obra y que dentro de ella tendría el sentido que hemos señalado, pero que aislado de su contexto puede parecernos sorprendente.

Si se admite nuestra hipótesis, creemos que el alcance de este fragmento y de su ubicación es más claro y permite al lector de la obra de Meciano entender al por que' un fragmento en el que para nada se hace referencia al fideicomiso está incluido en una monografía dedicada a este instituto.

En cuanto a la pureza del texto, no hemos encontrado quien cuestiona su genuinidad y tampoco nos parece que su contenido pueda ser origen de dudas al respecto.

El fragmento sigiliente al que acabamos de tratar fue emplazado por los compiladores en el título 17 del libro 49 del Digesto dedicado al peculio castrense (D. 49.17.18). A lo largo del mismo se tratan diversos problemas relativos a este tipo de peculio, y más concretamente a la actuación del pater familias sobre el peculio, de cuya actuación se contiene, podríamos decir, la regla general en el párrafo 1º.

Franca La Rosa, que ha estudiado metódicamente los problemas relativos a los peculios especiales en derecho romano, opina que aun que estilísticamente este párrafo se preste a críticas, "grosso modo" esclarece bien la posición del pater familias en relación con el peculio castrense del hijo (71).

Pero nos vuelve a llamar la atención el hecho de que entre la variedad de asuntos tratados ninguno haga referencia al fideicomiso. Opinamos que nos encontramos en un supuesto en algunos aspectos parecido al anteriormente estudiado. Es evidente que para que el fragmento haya tenido cabida en una monografía sobre fideicomisos, antes o después se referiría a los mismos. Lo que tenemos ante la vista parece probar que Meciano se ocuparía de subrayar las diferencias y semejanzas que existían entre los fideicomisos y otros actos de disposición que pudieran repercutir en el peculio castrense. Puede que Me-

(71) Franca La Rosa: I peculii speciali in diritto romano, Milán - 1953, pag. 132.

ciano se cuestionase la eficacia de aquellos fideicomisos ordenados por el pater que repercutían sobre el peculio castrense. En de suponer que Meciano abogara por su validez general aunque matizase según los distintos supuestos (premortu o no del filius, confesión o no de testamento por parte de éste, filius heres frente a casos de desheredación ect.) Esta labor de matización y discriminación resultaría muy laboriosa como nos muestra la variedad de temas que se tratan en el fragmento. Esto creemos que indica también, sin lugar a dudas, - que en ese tiempo, mediados del siglo II, los fideicomisos ofrecían aun singularidades notables lo que, por otra parte, no es de extrañar si tenemos en cuenta que la mayoría de las obras monográficas que estamos estudiando (las de Valente, Meciano, Gayo y Pomponio), vieron la luz en esa época como exponente de que las diferencias existían - y que el tema interesaba a la clase jurídica.

Los compiladores, en su labor de selección, excluyeron de esta parte de la obra de Meciano toda referencia a los fideicomisos e hicieron uso de los asuntos a que el fragmento se refiere, temas todos de sumo interés (72), pero que podemos soslayar al no constar su relación con el fideicomiso.

La genuinidad del pasaje y otros problemas que comporta han suscitado la atención de numerosos romanistas como Segré, Longo, Pappalardo, Beseler, etc. (73)

Lenel concluye el apartado del libro I de Meciano dedicado a Qui fideicommissa dare possint con el fragmento 28 de D. 35.2., que dice Pater quoque in legatis, quae filius ei dedit alio herede instituto, legis Falcidia rationem patitur.

El fragmento, si aceptamos el lugar donde Lenel le sitúa, tiene - que referirse al filius familias titular de un peculio castrense y,

(72) Vid. en Franca La Rosa, op. cit. pags. 95-96, 109-110, 112, - 122-123, 132-133, en las que se hace referencia a alguno de ellos

(73) Vid. Index Interpolationum.

por consiguiente, el objeto de la herencia a que se refiere debe ser relacionado con el peculio castrense. Esto lo afirmamos en base a los fragmentos que le preceden dedicados, como hemos visto a problemas - relativos al peculio.

En nuestra opinión, no tendría sentido que Meciano, después de estar reflexionando sobre los problemas que afectaban al peculio en este apartado, cambiase bruscamente el objeto de su estudio (74).

Vamos a partir por ello del supuesto de que el filius que aparece en el fragmento es un filius familias titular de un peculio castrense y que estamos en presencia de la facultad de este filius para - otorgar testamento, disponer legados y encomendar fideicomisos sobre las cosas que integran su peculio castrense, ya que de otro modo no se puede entender el que un filius familias tenga capacidad para - otorgar testamento (75).

(74) De no referirse al peculio castrense, cosa que no creemos probable, podría hacer alusión al testamento del filius familias emancipado.

(75) Surge aquí un tema interesante y creemos que no debemos dejarle pasar sin un tratamiento que, aunque no exhaustivo, nos sitúa ante lo que a continuación vamos a decir. El tema es el de la capacidad del filius familias para disponer por testamento de los bienes integrantes de su peculio castrense. La concesión de esta facultad de testar sobre los bienes que componen el peculio, como dice Franca La Rosa en la monografía ya citada pag 5, supone un momento de singular importancia en la historia de la capacidad patrimonial de los filius familias, ya que (pag. - 62) "con la concesión Augustea se reconoce al filius familias un derecho que de ningún modo se le hubiese podido atribuir mediante interpretación jurisprudencial". La facultad fue concedida, en principio limitada a los filius familias milites, por Augusto como lo atestiguan Regulae Ulp., XI, 10: Filius familiae testamentum facere non potest quoniam nihil suum habent. Sed divus Augustus constituit, ut filius familiae miles de eo peculio quod in castris adquisivit testamentum facere possit. - e I. 2.12, pr., que, refiriéndose a Quibus non est permixtum testamentum facere, dice lo siguiente: ... exceptis his quos antea enumeravimus et praecipue militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo, quod in castris adquisierint, permixtum est ex constitutionibus principum testamentum facere. - Quod quidem initio tantum militantibus datum est, tam ex iustitia divi Augusti quam Nerva, nec non optimi imperatoris Traiani... Pero esta concesión de Augusto, como dice Franca La Rosa en pag. 9 "presentaba el inconveniente de atribuir a los

El fragmento, a nuestro modo de ver, trata dos problemas: 1° -La posibilidad de que el filius familias instituya heredero de su peculio castrense a un extraño, es decir, a una persona diferente de su pater, y 2° -Que el pater debe sufrir la reducción señalada por la ley Falcidia en los legados que el hijo le deja a cargo de un extraño - instituido heredero.

(Continuación nota 75) filius familias militis una capacidad primera que decaía con el licenciamiento. Por lo tanto el filius, al finalizar sus servicios en el ejército, vería reducida su capacidad de disposición en cuanto al peculio castrense, conservando, según la opinión más generalizada, aquella genérica capacidad de administración sobre el mismo similar a la que disfrutaba con respecto al peculio profecticio. Este hecho de que el filius gozase de plena capacidad para disponer por testamento sobre los bienes que constituían el peculio castrense mientras estuviese en el ejército y que la perdiese automáticamente con el licenciamiento llamó la atención de los juristas de la época, y Adriano extendió a los filius familias veteranos del ejército el privilegio de que gozaban los filius familias militis en activo. También nos ha llegado noticia de esta concesión en I.2.12, pr. ... postea vero subscriptione divi Adriani etiam dignitas militis. id est veteranis concessum est. Esta facultad concedida se amplía en el sentido de que podían instituir heredero a quienes quisieran, y solo en el caso de que muriesen sin testamento y sin dejar descendientes o hermanos que les sobrevivieran, los bienes que constituyen este peculio pasan al pater automáticamente, iure peculii non iure successorio. Así, en I. 2.12, pr. se dice: Item si quis fecerint de o extranei peculio testamentum. pertinabit hoc ad eum quem heredes relinquunt. si vero intestati decederint nulli liberis vel fratribus substitutis. ad parentes eorum iure communi pertinabit.

Esta facultad de disposición del filius tenía sus límites en el sentido de que las disposiciones que éste podía incluir en su testamento tenían esencialmente un carácter patrimonial, esto es, referido a las cosas integrantes de ese peculio, ya que carecía de la potestad familiar necesaria para realizar otro tipo de actos que también tienen cabida dentro de un testamento. Franca La Rosa, en págs. 157-158, nos señala la excepción de este principio constituida por la manumisión testamentaria del esclavo perteneciente al peculio castrense. En lo que respecta al objeto de nuestro trabajo, es evidente que quien puede lo más puede lo menos, por lo que no cabe duda de la capacidad del filius, miles o veteranus para disponer en un testamento legados y para encomendar fideicomisos.

Para un desarrollo más amplio de los temas aquí sucintamente tratados, vid. en especial la monografía de Franca La Rosa cit. y la ya clásica obra de Fitting constantemente citada por Franca La Rosa, Das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung, Halle, 1871.

La primera cuestión para nosotros es clara. Lo que acontece con el peculio castrense, como hemos visto, es diferente a lo que sucede con el peculio profecticio. En éste, si el hijo muere, la masa de bienes en que consiste el peculio revierte automáticamente al resto de la masa patrimonial del pater. Por el contrario, ya hemos dicho que en el peculio castrense, al reconocerse al filius la facultad de disponer de él por testamento, puede este actuar sobre esos bienes de la forma que estime conveniente, instituyendo heredero a la persona que desee, y solo si no dispone de ellos pasan al pater automáticamente iura peculii non iura successorio.

La segunda cuestión nos sugiere dos consideraciones: a) Si se refiere a un testamento hecho cuando el hijo prestaba sus servicios en el ejército, esto es, que se trate de un testamento militar, o b) Si se refiere a un testamento hecho por el hijo después de su licenciamiento del ejército.

Nosotros pensamos que a la segunda de las indicadas y nos basamos en los siguientes argumentos:

Sabemos, pues son numerosos los textos que así lo indican, (76)- que en los testamentos militares estaba derogada la aplicación de la lex Falcidia (77). Por el contrario, y en el supuesto de que en el fragmento se esté contemplando un testamento militar, Meciano nos diría que en los legados dejados al pater a cargo de un extraño instituido heredero son de aplicación las deducciones señaladas por esta ley. Ante esta afirmación, o nos encontramos frente a una especialidad que afectaba al testamento militar hecho por un filius familias y que no afectaba al militar que no reunía tal condición de filius -

(76) D. 29.1.17,4 (Gayo 15 ed. prov.); D. 36.1.1,18 y D. 36.1.3,1 - (Ulp., 3 de fideic.); C. 6.21.12 y C. 6.50.7, entre otros.

(77) Muy superficialmente hace referencia a esta derogación dentro del contexto general de la obra, Hernández Gil, El testamento militar (En torno a un sistema hereditario militar romano), - Madrid 1946, págs. 95 y 96. En págs. 95 se aprecia un error de imprenta al citar el texto de Gayo. Allí aparece D. 29.1.17,14 cuando en realidad es D. 29.1.17,4. El error se mantiene en el índice de fuentes citadas en el texto.



familias, o habría que considerar una posible alteración del texto - para que éste pudiera hacer referencia al testamento de un filius familias militar en activo.

La primera posibilidad no nos convence al no haber encontrado ninguna noticia que nos la confirme. Es cierto que los textos en que se establece la regla de no aplicación de la Falcidia son, en su mayoría de época posterior a Meciano (p.e., Ulpiano y los emperadores Alejandro Severo, -Constitución del año 226 p.C.-, y Felipe, -Constitución del año 246 p.C.-), y que entonces esta hipotética especialidad podría ya haber desaparecido, pero también es cierto que existen textos de juristas contemporáneos de Meciano -es el caso de Gayo en D.29.1. 17,4- que, refiriéndose expresamente a la derogación de la aplicación de la lex Falcidia en los legados dispuestos en los testamentos de los militares no hacen para nada referencia a la existencia de esta excepción. (78)

Rechazamos, por lo tanto, en base a lo expuesto, la hipotética existencia de esta excepción a la regla general de no aplicación de la ley Falcidia en los testamentos militares en el caso de que el testador fuese un filius familias militar.

Por ello, si el filius familias militar en activo hace un testamento en el que instituye heredero de los bienes integrantes de su peculio castrense a un extraño, y a cargo de este dispone unos legados - en favor de su pater, éste no sufrirá la deducción marcada por la ley Falcidia puesto que ese testamento, al ser considerado como militar, lleva consigo esa especialidad o excepción.

En cuanto a la consideración de la posible alteración del texto - para buscar una explicación lógica de su contenido, cabría la posibilidad de que Meciano quisiera decir que el pater tampoco sufriría la deducción de la ley Falcidia en los legados que recibe por el -

(78) Gayo dice: ... ideoque in his legatis, quae testamento dantur sunt legis Falcidiae locum non esset.

testamento militar de su fillius. En este caso podría pensarse que en la transcripción llevada a cabo por los compiladores se hubiera perdido el sentido negativo del texto, por ejemplo desapareciendo el ad verbo non antes del verbo patitur, con lo que la frase quedaría Patet quodque in legatis ... legis falcidia rationem non patitur y así recogería la derogación de la aplicación de la ley Falcidia. Pero en contramos esta explicación muy forzada y la rechazamos por varios motivos.

En primer lugar, no nos encaja el quodque del comienzo del fragmento que, en nuestra opinión, introduce en la frase un sentido afirmativo, con el non patitur final que bruscamente cambiaría el mismo.

En segundo término, consideramos que sería superflua esta aclaración por parte de Meciano ya que si en el testamento militar no es de aplicación la ley Falcidia, sobre el analizar si en el caso del patet no se aplicaría, pues la posibilidad de esta excepción nunca se dió.

Sin embargo, en el supuesto al que según nosotros se refiere el fragmento, fillius familiaris licenciado del ejército que hace testamento según el régimen común o ordinario, esta explicación tiene más sentido pues aquí sí que era necesario aclarar expresamente la postura del patet y los posibles derechos que podrían corresponderle. No debemos olvidar que esta facultad de testar concedida al fillius familiaris alteró por completo las normas que sobre los derechos del padre y la capacidad del hijo en torno al peculio castrense se habían seguido hasta ese momento, y que la concesión de la misma había sido hecha relativamente poco tiempo antes de la aparición de la obra de Meciano, (79) lo que puede justificar el interés y la meticulosidad con que trata todos los asuntos referentes a este tema.

---

(79) La concesión de esta facultad fue hecha por Adriano (117-138 - p.C.) y la aparición de la obra de Meciano, según nuestras apreciaciones ya expuestas en otra parte de este trabajo, acabaría alrededor del año 151 p.C.

Además, si tenemos en cuenta el fragmento que precede al que estamos estudiando (D. 49.17.18), vemos que en él se analizan las posibilidades de actuación del pater sobre el peculio castrense del hijo y por lo que no es de extrañar que Meciano siga preocupado por la figura del pater, en este caso beneficiario de legados (o fideicomisos) dispuestos en su favor por el filius.

Concluimos pues con este fragmento resumiendo nuestra postura. Para nosotros se refiere al testamento del filius familias sin eficacia iure militari, es decir, al efectuado por el filius después de pasado un año de su licenciamiento honroso. (80) Al no acogerse este testamento a ninguna de las ventajas del testamento militar, podemos considerarle un testamento común con la característica de que le efectúa un filius familias, respecto de su peculio castrense, característica que si bien lleva consigo algunas limitaciones como la ya apuntada de su contenido esencialmente patrimonial, en lo demás sigue normalmente el régimen común, incluida la aplicación de las disposiciones de la ley Falcidia.

Por lo que respecta a la genuinidad del mismo, no hemos encontrado quien dude de su pureza, y la hipotética alteración que podía suponerse queda rechazada con los argumentos que hemos expuesto.

Otro punto que nos ha llamado la atención en el estudio de este fragmento y de los otros dos de Meciano es, como venimos señalando, la ausencia de toda referencia a los fideicomisos. En los dos fragmentos anteriores, D. 50. 17.93. y D. 49.17.18., hemos apuntado como explicación el presumible despojo llevado a cabo por los compiladores de las referencias al fideicomiso, despojo que tampoco debemos descartar haya sucedido, en otro sentido, en el fragmento que nos ocupa. Se nos ocurre pensar alguna de las posibilidades con las que los compiladores se encontrarían al enfrentarse con el original de Meciano. Puede ser que Meciano hubiese escrito originariamente, Pater quousque

(80) Vid. las consecuencias del licenciamiento ignominiae causa con respecto al filius familias titular de un peculio castrense - en Franca La Rosa, op. cit., pag. 142 y ss.

in legatis et in fideicommissis y que los compiladores suprimiesen - las tres últimas palabras al ser superfluas en el derecho justinianeo en el cual se llevó a cabo la fusión entre legados y fideicomisos. Otra explicación entre las posibles es que el texto fuese continuación de otro donde se trataría de la aplicación o no del S.C. Pegasiano a los fideicomisos ordenados por el hijo en cuanto a peculio castrense. Los compiladores, obedeciendo las ordenes de Justiniano (81) suprimieron toda referencia al S.C. Pegasiano en su misión de unificación de regímenes. Nosotros nos inclinamos por estas hipótesis, aunque no descartamos otras soluciones; pero las apuntadas satisfacen nuestras dudas con respecto al por qué de la ausencia de toda referencia al fideicomiso en estos fragmentos.

Apreciamos también que los temas tratados por Meciano en su libro I bajo la rúbrica Qui fideicommissa dare possint son de diferente carácter a los analizados por Ulpiano bajo la misma rúbrica.

En los fragmentos que se han conservado de Meciano atiende a temas referidos al peculio. Hemos entendido que el primero de ellos hace alusión al peculio profecticio y los dos restantes al peculio castrense. El hecho de que aparezcan en la Palingenesia bajo esa rúbrica nos hace pensar que Lenel supuso que Meciano trataría en esa parte del libro además de los temas concretos que hemos visto, la capacidad del hijo titular de un peculio para otorgar testamento, disponer legados y encomendar fideicomisos.

No nos resulta extraño el interés de Meciano por el tema. Como hemos dicho, era relativamente reciente la concesión Adrianos a los filiis familias licenciados del ejército de la facultad de poder disponer por testamento de los bienes integrantes de su peculio castrense. Esta concesión abriría el camino a los juristas para plantear y proponer soluciones a los problemas que sin duda acarrearía. Meciano redactaría su monografía sobre fideicomisos para, en lo concerniente -

(81) Constitución Tanta, 6.

al peculio, además del tratamiento de los problemas en relación con el instituto estudiado, abarcar otros planteamientos conflictivos de los que, por obra de la selección llevada a cabo por los compiladores justinianeos, nos ha llegado su opinión.

Por otra parte no podemos descartar la posibilidad de coincidencias temáticas, con Ulpiano o con otros autores, de las que no ha quedado rastro como consecuencia de la labor reductora de los mismos compiladores.

#### G. Los textos de A. Valente.

En el libro V de fideicommissa de Aburnio Valente, bajo la rúbrica De capacitate, aparecen dos fragmentos.

El primero de ellos es el ubicado en D. 38.1.46: Liberta si in concubinato patroni esset. perinde ac si nuptia eidem esset. operarum petitionem in eam dari non oportere constat. Trata en él Valente un tema relacionado con las operas libertorum (82) referido a una liberta que vivió como concubina de su patrono o que se casó con él. En este caso Valente nos dice que no se dará la acción de servicios contra ella.

El fragmento nos sugiere las cuestiones que a continuación vamos a exponer:

¿Quiénes son, según la opinión de Valente, los que no pueden exigir la acción de servicios contra la liberta?

(82) Sobre este tema es abundante y no pacífica la literatura jurídica existente. Relacionado con el derecho hereditario vid. entre otros Albertario, Sull diritto dell'erede estraneo alle opere dei liberti, en Studi di diritto Romano IV, page. 3-12, y Nuova osservazioni sulla trasmissibilità del iudicium operarum all'erede estraneo, en Studi cit., page. 14-37. Lavaggi, La successione dei liberi patroni nelle opere di liberti, en S.D.H.I. 1945, page. 237-278, y Nuovi studi sui liberti, en Studi De-Francisoi II, page. 75-111. Pescani, Le opere libertorum, Trieste, 1967.

¿Que clase de operae son las que en este caso se podían reclamar a la liberta?

¿Qué sentido tiene el que un problema de esta índole sea tratado en una monografía dedicada al estudio de los fideicomisos?

Con respecto a la primera cuestión no podemos estar de acuerdo - con Pescani quién interpreta el fragmento en el sentido de que "las operae no podían ser pedidas a la liberta por el patrono cuando hubiese vivido en concubinato con él, puesto que el ligamen que se - instauraba con el concubinato era considerado casi en la medida de un vínculo matrimonial y llevaba a la imposibilidad de exigir legalmente una actividad juzgada indecorosa con una semejante posición social" (83). De esta afirmación rechazamos la parte en que se dice que el que no puede reclamar las operae es el patrono. Es claro que si ha - habido matrimonio entre patrono y liberta las operae no pueden ser exigidas. Hay textos que afirman que el consentimiento dado por el - patrono al matrimonio de la liberta libera a ésta de la obligación - de prestar las operae. Así D. 38.1.48, pr. (Hermog. II iur. ep.): - Sicut patronus, ita etiam patroni filius et nepos et pronepos, qui - libertas nuptia consentit, operarum exactionem antitituli non habet - quia matrimonio consentit, in officio mariti esse debet. Si el patrono que consiente el matrimonio de la liberta no puede reclamar de esta las operae, debemos suponer con mayores motivos que el patrono que ha contraído matrimonio con la misma tampoco puede hacerlo. Es más, tampoco se podían exigir las operae si el patrono ratificaba a posteriori el matrimonio de la liberta. Así D. 38.1.13,5 (Ulp. 38 ad ed.): Rati quoque habitio patrono obest in nuptia libertae. Esta liberación de la prestación de operae encontraba su fundamento en el hecho de que la liberta casada in officio mariti esse debet (D. 38.1.48, pr.); téngase en cuenta, además, que para la mayoría de los juristas una vez hubiese dejado de estar casada, podían reclamársela la prestación de servicios. Así D. 38.1.14 (Terent. 8 ad leg. Julian. et Papiam): Elene cum desierit nupta esse, operas peti posse omnes -

(83) Pescani, op. cit., pag. 111.

fore consentiunt. Creemos que en este último caso no se puede hacer referencia a la liberta casada con el patrono. Esta, por el matrimonio contraído estimamos ha alcanzado una posición social en la que se consideraría indigno el hecho de que tuviese que prestar sus servicios una vez que el matrimonio no existiese. Similar sería el caso de la concubina. Por haber vivido con el patrono en concubinato, hecho, como dice Pescani, considerado casi en la medida de un ligamen matrimonial, hubiese resultado indigno, una vez desaparecida esta situación, reclamar el cumplimiento de las operas. Así D. 38.1.34, - (Pomp. 22 ad Q. linc.): Interdum et diminutionem et augmentum et mutationem recipere obligationes operarum sciendum est... sed si liberta, quae operas promisit, ad eam dignitatem perveniat, ut inconveniens sit praestare patrono operas, iura haec interdicunt.

En base a todo lo expuesto pensamos que, como dice Valente y afirma Pescani, no se puede exigir la prestación de servicios a la liberta en quien concurren estas circunstancias. Pero discutimos a Pescani el que aquí Valente se esté refiriendo al patrono como la persona que no podía efectuar esta reclamación. Además de lo evidente que resulta, por todo lo anteriormente expuesto, que el patrono no podía reclamar los servicios, creemos que Pescani no ha tenido en cuenta el lugar de donde procede el fragmento que analiza. Y este lugar es, precisamente, una monografía dedicada al estudio de los fideicomisos.

Volvemos a encontrarnos como en fragmentos anteriores con el hecho de que en este texto para nada se hace referencia al fideicomiso, debido, como venimos repitiendo, a la labor de selección y simplificación llevada a cabo por los comisionados justinianos. A pesar de esta ausencia de nuestro instituto, la interpretación que damos al fragmento es la siguiente.

Para nosotros, Valente se está refiriendo a la liberta que ha prometido mediante stipulatio el cumplimiento de determinados servicios a su patrono. Después de celebrada la stipulatio, o contrae matrimonio con el patrono, o vive en concubinato con él. El patrono muere y, mediante un fideicomiso encomienda a su heredero que los servicios -

estipulados por la liberta se realicen en favor de una persona determinada. Esta persona requiere el cumplimiento de los servicios y la liberta se niega a cumplirlos. La persona beneficiada, ante esta negativa, pretende ejercitar la acción de servicios contra la liberta. La opinión de Valente no ofrece dudas: no se debe conceder - en este caso la acción de servicios.

Así interpretado sí tiene sentido su ubicación en una monografía dedicada a los fideicomisos. Además creemos que en el análisis de la situación llevado a cabo por nosotros no se atenta a ninguno de los principios que rigieron en el derecho clásico con respecto a - las operae libertorum.

Nos hemos referido, en primer lugar, a operae stipulatae (84), que son las que podían ser objeto de transmisión hereditaria a personas extrañas, y, en segundo lugar, a una negativa al cumplimiento de las operae basada en argumentos que se tuvieron en consideración en aquella época como son el de la elevación de categoría social de la liberta que ha sido esposa o concubina del patrono a la que resultaría indigno, una vez fallecido su esposo, tener que someterse a prestar operae a los herederos del mismo. Todo esto unido además a la coherencia que supone el que un fragmento extraído de una monografía sobre fideicomisos trate de problemas que afectan de alguna manera al instituto sobre el que versa ese estudio - especializado.

La genuinidad del fragmento no es puesta en cuestión por ningún romanista. Es cierto que son muy pocos los que han fijado su atención en él. razón por la cual tampoco ha sido estudiado a fondo. -

(84) En la división operae iuratae - operae stipulatae es opinión común que las iuratae basadas en un principio en el vínculo religioso del patronato, estaban limitadas a la relación patrono-liberto o, a lo sumo, hijo del patrono-liberto, independientemente de que el hijo fuese o no heres, como continuador en lo religioso de la personalidad del pater. Por el contrario, en las operae stipulatae el crédito a las mismas parece ser que estaba sujeto a las normas comunes de transmisibilidad hereditaria por lo que muerto el patrono estaban legitimados para reclamar las operae sus herederos, incluidos también los extraños. Vid. en este sentido Pescani, op.cit. pags. 28-70 y Voci, Diritto creditario, cit. I, pag. 361.



Después de un análisis más detenido por nuestra parte no hemos encontrado ningún indicio que nos pueda hacer pensar en alguna manipulación.

Nos ha llamado la atención sin embargo el hecho de que el fragmento esté situado en un lugar en el que Lenel supuso que tenían cabida temas relativos a la capacidad. Aquí el patrono, en nuestra opinión, al que está en posesión de esa capacidad general para disponer por fideicomiso, e incluso el fideicomisario que entrevemos en el fondo del asunto tratado tampoco tiene por que carecer de la capacidad requerida para recibir un fideicomiso. Para nosotros, del caso concreto contemplado se puede extraer la conclusión de que Valente se está refiriendo a una cosa que en particular no puede ser objeto de un fideicomiso: las operae servorum. Pero no las operae servorum consideradas en general, que como anteriormente hemos visto en una determinada época y en las de una determinada especie el crédito a las mismas estaba sujeto a las normas comunes de transmisibilidad hereditaria, sino las de la liberta en quien concurren las circunstancias que en el fragmento se señalan.

Por ello la rúbrica puesta por Lenel al libro V de Valente resulta demasiado angosta para los temas que parece haber tratado el jurista al es que con las palabras De capacitate se está pensando sólomente en una capacidad genérica y no también en supuestos donde la imposibilidad de disponer por fideicomiso se refiera a situaciones muy singulares por razón de las personas y por el contenido de lo encomendado.

El segundo fragmento que aparece en el libro V de fideicommissa de Valente, bajo la rúbrica De capacitate es el recogido en D.49.14 de iure fisci, 42. En él se trata en dos párrafos problemas relativos al fisco, fiduciario y fideicomisario en caso de fideicomisos tú citos.

El analizar este fragmento supone un giro en nuestro trabajo. Hagta aquí hemos venido tratando el tema de la capacidad para otorgar fideicomisos. Es cierto que en algunos fragmentos por efecto de la

selección y poda llevada a cabo por los comisionados justinianos e - incluso por manipuladores anteriores no está clara la dedicación de - los mismos al tratamiento de este tema. En otros, -p.e. D. 38.1.46.- Valente 5 de fideicommissis-, no podemos ocultar nuestras dudas con respecto al acierto de Lenol al aceptar la rúbrica De Capacitate para intitular esa parte del libro. Pero en este fragmento que ahora va a ser objeto de nuestro estudio, aparece claramente como tema de fondo la incapacidad para recibir un fideicomiso. Tal es así que vamos a contemplar una figura de fideicomiso que fue utilizada con asiduidad para burlar esta incapacidad. Nos estamos refiriendo al fideicomiso tácito (85).

El principium del fragmento dice: Arriamus Severus praefectus aera-  
rii, cum suis, qui tacite rogatus fuerat non capienti fideicommissum  
reddere, bona publicata erant, promittavit nihil minus ius deferen-  
di ex cons-tit-utione divi Traiani habere cum cui fideicommissum erat  
relictum.

Vamos a ir singularizando las situaciones que nos va expresando - Valente en esta parte del fragmento, que en general nos indica la posibilidad de autodenucia del fideicomisario en virtud del beneficio de Trajano. (86) Estamos aquí ante un supuesto no tratado cuando contemplamos el estudio de este beneficio. Parece ser que se ha confiado el patrimonio de un fiduciario a quien se le había encargado un fideicomiso tácito en favor de quien no reunía los requisitos legales para adquirirlo.

No sabemos, Valente nos lo dice, de que manera había efectuado - el encargo el causante al fiduciario, si en un testamento o en un - codicilo o en otro tipo de documento o de cualquier otra de las formas posibles, así que no podemos determinar si Valente era de la opinión de su compañero de escuela Juliano, que es lo más probable, o - por el contrario seguía el criterio del que después fueron sus más - firmes representantes Paulo y Marcelo. (87)

(85) Nos remitimos a lo ya expuesto en pags. 84 a 95

(86) Vid. lo que decimos de este beneficio en pags. 88 y ss.

(87) Vid. pags. 92 a 94 .

Se confisca el patrimonio del fiduciario. Esto nos sugiere dos -  
cuestiones:

- ¿De qué clase de confiscación se está hablando en el fragmento?
- ¿La confiscación es de todo el patrimonio del fiduciario, o sólo de lo que este debe entregar al fideicomisario por causa del fidei como tábic? La respuesta a la primera cuestión podrá aclararnos en gran parte la segunda.

En el fragmento se dice ... bona publicata erant ..., lo que nos hace pensar que se está refiriendo a la forma de confiscación conocida con el nombre de publicatio honorum, que en líneas generales suponía la confiscación de las propiedades y del todo el patrimonio de una persona convicta de un crimen contra el Estado. Y pensamos que es así al ser este término utilizado por un jurista como Valente en el que debemos suponer un uso preciso de los términos jurídicos. Hacemos esta puntualización porque ya Mommsen (88) advirtió que la aparición del fiscus imperial al lado del aerarium de la ciudad, y la confusión posterior de las dos instituciones se acusa en el lenguaje, y así publicatio y confiscatio que son empleados de forma distinta por los autores antiguos, en el último período y sobre todo en los escritores no jurisconsultos, son usados como sinónimos. Para nosotros, cuando Valente habla de bona publicata se está refiriendo a una pena que tuvo larga tradición en el derecho romano (89) llegando hasta la época de Justiniano quien prohibió de una manera general la confiscación total de bienes salvo en materia de crímenes de lesa majestad. (90) No es nuestra intención hacer un estudio sobre la publicatio honorum. Nos es suficiente con identificar a qué clase de pena se está refiriendo Valente y diferenciar

(88) En Römische Strafrecht, cit. nota (1) pag. 1005

(89) De ella ya habla Cicerón, Pro Plancio 41, ... qui quum omnia metum, publicatio honorum, exilium, mors proponeretur...

(90) Vid. Mommsen, Römische Strafrecht, cit., pag. 359 y nota (6) de la misma page. en la que se cita entre otras la Nov. 134. - 13,2 y 3. Al final del pfo. 3º Justiniano dice: ... in maiestatis vero crimine condempnatio veteres leges servari iubemus.

esta publicatio de aquella confiscación del patrimonio recibido por el fiduciario para, en virtud de un fideicomiso tácito, transmitirlo al fideicomisario afectado de incapacidad y que al ser descubierto - el fraude se produce la confiscación por la autoridad competente.

El fiduciario a quien ha sido encomendado un fideicomiso tácito, ve su patrimonio (91) confiscado por un delito que ha cometido, -delito evidentemente grave-, que lleva consigo tal confiscación. - El prefecto del erario decidió ante esta situación que en aplicación del beneficio de Trajano el fideicomisario fraudulento tenía derecho a denunciarse a sí mismo, con lo que obtendría la mitad de lo que le hubiese correspondido de haberse llevado a cabo y arriesgado a recibir el fideicomiso tácito. Creemos que cuando Valente escribe ex constitutione divi Traiani hace referencia al beneficium divi Traiani del que ya hemos hablado y no a otra constitución de este emperador en base a que el citado beneficio fue el que reguló los problemas relativos a las autodenuncias en cuestión de fideicomisos tácitos.

El prefecto del erario Arriano Severo (92) nos dice Valente que dió la solución a este caso que se le había planteado en un sentido favorable al fideicomisario, creemos que siguiendo el espíritu de la norma de Trajano de beneficiar a los denunciados, aún siendo ellos los mismos defraudadores, con el fin de conseguir poner freno - de algún modo a la utilización del fideicomiso tácito.

No es este el lugar para hacer un estudio profundo sobre el origen funciones y competencias del praefectus aerarii porque no creemos sea el lugar adecuado para ello como tampoco lo es para el estudio.

- (91) No entramos a considerar la posibilidad de que como consecuencia del delito se produjera la capitis diminutio. Suponemos, en caso contrario lo hubiese indicado Valente, que el fiduciario es capaz en el momento de adir la herencia o de hacerse cargo de los bienes que debía entregar al fideicomisario incapaz.
- (92) En Paulus B.E. II, 1, col. 1229 la única noticia que se nos ofrece de Arrianus Severus es la de que fue praefectus aerarii después de Trajano, citando como fuente D. 49.14.42, fragmento objeto de nuestro estudio.

dio y análisis del aerarium y el fiscus, diferencias y evolución de cada una de estas figuras hasta que la segunda absorbió a la primera (93). Pero el prefecto del erario debió estar facultado, ser competente para este tipo de resoluciones. Estas facultades puede que prueben de tiempos del emperador Claudio ya que este emperador concedió a los procuradores del fisco el derecho a emitir sentencias sobre cuestiones referentes al tesoro imperial. (94). Es de suponer que el prefecto del erario tendría facultades similares a las del procurator fisci en los asuntos de su competencia, y de su competencia era el resolver si el fideicomisario que se denunciaba cuando el fiduciario había visto su patrimonio confiscado por la comisión de un delito que llevaba consigo tal consecuencia podía beneficiarse con la disposición del emperador Trajano (95).

(93) Para ello nos remitimos a los múltiples y completos trabajos existentes sobre la constitución política romana. Vid. p.e., - De Martino, Storia della costituzione Romana cit., IV, page. 8798 y ss.

(94) Esta noticia es recogida, entre otros, por Kovaliov, Historia de Roma, II, Madrid, 1975, page. 57.

(95) A no ser que este tipo de bienes ingresaran directamente en el fisco ya en época de Valente con lo que hacer referencia este jurista al praefectus aerarii se estuviese refiriendo al encargado del fisco. Tenemos noticias de que los bienes procedentes de una publicatio honorum iban a parar al fisco en esta época. Pero también desde Adriano iban a parar al fisco los bona caduca según nos dice Gayo II, 285 refiriéndose a los fideicomisos que tenían como beneficiarios a los peregrinos. El tema no es pacífico. De Martino en Storia della costituzione cit., nota (48) pag. 810, T. IV, expone el estado de la cuestión en los juristas clásicos romanos y en los romanistas modernos. Allí aparece Gayo II, 285 por nosotros citado; Ulp. XVII, 2 - Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur. Para Millar los bona caduca pertenecían al fisco ya bajo Tiberio, pero cita como base de su afirmación a Tacito Annalos II, 48, 1: ... quod bona Aemiliae Mursae, loannetis - interstatos, petita in fisco Aemilio Lepido, cuius e domo videbatur... y aquí se hace referencia a un caso de bona vacantia, no de bona caduca. Tampoco profundiza en este punto, según De Martino, Provera en La vindicatio caducorum cit., pag. 126 donde se sitúa la devolución al fisco de los bona caduca y los bona vacantia en una época comprendida entre los Antoninos y Caracalla. El mismo Provera reconoce la imposibilidad de proceder a una mayor precisión. De Martino precisa más estas fechas quizás por ello pienso que Provera no profundiza lo suficiente. Para él, salvo los bona caduca, que ya bajo Adriano pasaron al fisco, los bona vacantia, los bona damnatorum, etc., pasaron al fisco antes de la época de los Severos.

El segundo párrafo de D. 49.14.42, dice: Quia autem nonnulli in-grati adversus beneficium divi Traiani post professionem quoque de-tacito fideicomisso factam cum possessoribus transigunt atque tribus edictis evocati non respondet, placuit senatui tantum ab eo qui id-fecisset exigi, quantum apud aerarium ex ea causa quam detulerat re-manere oporteret, si professionem suam impleisset, et si possessoris quoque fraudis apud praefectum convicto fuisset, ab eo quoque quod con-victus inferre debuisset exigi.

Se trata aquí de un supuesto que debió repetirse con cierta fre-cuencia en la aplicación del beneficio de Trajano. Y presumimos que se dió con cierta frecuencia porque hizo necesaria una intervención del Senado para poner freno a esta práctica.

Los hechos relatados por Valente los interpretamos de la siguiente manera: El beneficiario de un fideicomiso tácito que aún no ha reci-bido los bienes objeto del mismo autodenuncia su situación, pero -posteriormente pacta con los poseedores de los bienes -entendemos que se está refiriendo al fiduciario-, y no comparece a la citación que de le hace por el triple edicto del pretor. Esta comparecencia era -necesaria, pues cuando se efectuaba una autodenuncia en estas cir-cunstancias -no estar el autodenunciado en posesión de los bienes -en litigio-, se promovía una vindictio en la que el papel de actor era desarrollado por el autodenunciante (96) y el de demandado el -poseedor de los bienes. Una vez finalizada la causa, todos los bie-nes pasarían al erario y, posteriormente, conforme al beneficio de -Trajano, se restituía al autodenunciante la mitad de lo conseguido - (97).

(96) Vid. en este sentido Provera, la Vindicatio Caducorum cit., -par. 8<sup>a</sup>. Nos dice Provera que esta vindictio tenía algunas di-ferencias de régimen con respecto a la vindicatio caducorum tí-pica. En cuanto al desistimiento, el delator que no compare-cía desentendiendo una triple orden era castigado, como el calum-niator, con la infamia, mientras que esto no sucedía con el au-todelator (D. 49.14.18,7, Marc. I. sing. de delat. Sed communis causam tibi cum fisco quivis deferre potest, hoc est vindicare nec per hoc formis est, licet in causa sua non optinuerit. - Tampoco operaban para los autodelatores las causas de incapaci-dad previstas para los delatores, considerándose capaces, ex-ceptionalmente, a las mujeres y a los pupilos.

Valente hace referencia en el párrafo a una decisión del Senado - que contempló estos hechos. Según Valente el Senado decidió que se exigiera al autodenunciante que desistió de llevar a término su denuncia igual cantidad que la que debía quedar para el erario en el caso de que la vindicatio se hubiese llevado a efecto. Pero, además, si se hubiese probado ante el prefecto el acuerdo fraudulento habido entre el fideicomisario (autodenunciante y demandante en la vindicatio frustrada) y el fiduciario (poseedor de los bienes demandados), también se exigiera a este lo que hubiera debido pagar si se hubiese probado la causa.

Esta última parte relativa al fiduciario demandado es lo que diferencia la noticia que nos proporciona Valente de otra que nos ofrece Iunio Mauriciano en su libro III ad legem Iuliam et Papiam (D.49.14.15,4) que solo hace referencia al autodenunciante: Quod si tribus edictis a prefecto aerario adesse delator iussus venire noluerit, secundum possessionem cit promittendum; sed ab eo, qui ita adesse iussus respondente possessore non adfuerit, tantum exigendum, quantum aerarium ex ea causa quam detulerit remaneret, si professionem eam impleret.

Este fragmento hace referencia a la autodenuncia y no comparecencia del delator sin ninguna intervención por parte del poseedor de los bienes denunciado. La conducta del denunciado es clara, pues comparece ante la citación, siendo el delator el que no realiza la conducta de él esperada. Por ello la sanción recae solo sobre el delator autodenunciante.

En el párrafo de Valente se contempla el fraude conjunto de autodenunciante y poseedor de los bienes denunciado, fraude que si es probado en lo que respecta al denunciado, le acarrearán una sanción similar a la del denunciante.

( ) D. 49.14.15,3. Maur. l. III ad legem Iuliam et Papiam: Senatus Hadriano temporibus con-suit, cum quis se ad aerarium detulerit quod capere non potuerit, ut totum in aerarium colligatur et ex eo pars dividat sibi secundum beneficium divi Traiani restituitur.

Creemos también que aunque aquí Valente se refirió en concreto a un caso de fideicomiso tácito la decisión del Senado recogida era de aplicación a todos los casos de autodenuncia en los que el autodenunciante pactase fraudulentamente con los poseedores de los bienes objeto de la vindicatio.

En cuanto a qué decisión del Senado es la recogida por Valente, - pensamos que puede tratarse de una de tiempos de Adriano a la que se refiere Iunio Mauriciano, l. III ad legem Iuliam et Papian (D.49.14.15.3) y que reguló problemas concernientes a las autodenuncias teniendo presente la aplicación del beneficio concedido por Trajano (98)

No hemos encontrado ninguna duda sobre la genuinidad de D.49.14.42. En nuestra opinión en él se recogen problemas relativos al clásico beneficio de Trajano y no debió ser retocado ni por los juristas postclásicos, ni por los comisionados justinianos.)

#### D. Los textos de Ulpiano relativos a quién se puede encomendar el cumplimiento de un fideicomiso.

Nuestra atención se va a detener ahora en los fragmentos que nos hablan sobre el tema de a quienes se puede encomendar el cumplimiento de un fideicomiso. En la reconstrucción de las monografías, Lenel recoge en dos apartados de los juristas Marciano y Ulpiano, bajo las rúbricas A quibus fideicommissa relinqui possint y Quorum fideicommissa non relinqui possint (99) los fragmentos que él estima referidos a este tema. No serían, por supuesto, como venimos diciendo, los únicos, y muy probablemente en todas las monografías se trataría de un tema tan general como es éste, pero debido a la labor de selección llevada a cabo por los comisionados justinianos hasta nosotros solo han llegado los fragmentos ante los que nos encontramos.

(98) Vid. ante párrafo en nota (97).

(99) Marciano, l. 1 Quaest. de fideic., y Ulpiano, l. 1 de Fideic.



Es otra vez Ulpiano quien nos ofrece una muestra más variada de asuntos tratados, (100) y al igual que ocurría cuando tratamos de la capacidad para disponer por fideicomiso, es este jurista al que expono lo que podríamos llamar la regla general. Se encuentra situada en D. 32.1,6: Sciendum est autem eorum fidei committi quem possit, si quis aliquid perventurum est morte eius, vel cum eis datur vel cum eis non admittitur (101).

En líneas gen orales Ulpiano nos indica que podía encargarse el cumplimiento de un fideicomiso a todos aquellos a quienes llegué algo a consecuencia de la muerte del disponente.

Pero, curiosamente, y en contra de las opiniones mantenidas en orden a la capacidad para disponer un fideicomiso en las que gran parte de los romanistas mantenían que desde un primer momento fue exigida la testamenti factio activa, aquí se admite sin dificultad que la formulación hecha por Ulpiano en esta regla general es el resultado de una lenta y sucesiva evolución.

Ferrini, refiriéndose al disponente nos dice que "ni cuando se comenzaron a reconocer los fideicomisos se renunció a tal exigencia" (la capacidad para hacer testamento) Y cita a continuación D. 30,2: Sciendum est eos domum fideicommissum posse relinquere, qui testandi ius habent, dando, según creemos ver, una validez ilimitada en el tiempo a esta afirmación. Sin embargo, refiriéndose al gravado con un fideicomiso, después de citar a Ulpiano D. 32.1,6, nos dice que "antes de llegar a este resultado el camino fue lento y fatigoso" (102).

(100) Posiblemente esta abundancia de fragmentos de Ulpiano conservados se deba, como ya hemos apuntado, a que este jurista compendia en su obra el estado de la cuestión en los demás autores de monografías, y que los compiladores, por ello, seleccionasen sus fragmentos con preferencia a los de los otros juristas.

(101) En una constitución del emperador Gordiano, año 238 p.C., se recoge una formulación similar a la de Ulpiano. Está en C. 6.42 9: Imp. Gordianus A. Paulinus. Ab eo qui neque legatum neque fideicommissum neque hereditatem vel mortis causa donationem accepit, nihil per fideicommissum relinquere potest.

(102) Ferrini, Teoria generale dei legati..., cit. págs. 74 y 77.

Voci, tratando de los sujetos intervinientes en los legados y fideicomisos, nos dice que "disponente puede ser sólo quien, teniendo capacidad de testar, había redactado, según los casos, testamento o co-dicilo". Pero también admite, refiriéndose al "oncrato", que a esta época no llegó por vía de sucesivas recepciones (*amissioni*); al final de la época clásica, sigue diciendo, Ulpiano resume el desarrollo con una formulación general. (103)

Nos bastan estas opiniones como indicativas de una postura. ¿Por qué en este caso se admite la lenta y sucesiva evolución hasta la formulación hecha por Ulpiano y en el otro se rechaza de plano que pudiese haber sucedido tal evolución? Nosotros creemos que la hubo en el sentido que ya hemos expuesto (104).

Rechaza también Ferrini la tesis de que ab initio pudiese gravarse con un fideicomiso a otras personas beneficiadas por el testador que no fuesen el heredero; para él esta opinión carece de argumentos en que basarse, y tratando de fundamentar este rechazo nos dice que "en la antigua familiae Mancipatio, en la cual, si no el nombre, ciertamente encontramos la substancia del fideicomiso, el único qui rogabatur era el familiae emptor, que hacía las veces de heredero." (105).

Nosotros también admitimos que la substancia del fideicomiso se encuentra en la Mancipatio Familiae, pero este reconocimiento del origen no nos liga a un mantenimiento en el tiempo para nuestro instituto de todas las formalidades y requisitos de la familiae Mancipatio. Precisamente, y ya lo hemos dicho repetidas veces, una de las finalidades perseguidas con el fideicomiso fue el desahucarse de los rigores y las angustias impuestas por el Ius Civile. Ab origine, como dice Ferrini, es posible que el único que pudiese ser gra-

(103) Voci, Diritto creditario, cit., II, págs. 233 y 239.

(104) Vid. págs. 435 a 446.

(105) Ferrini, Teoria generale, cit., pag. 77.

vado fuese al heredero, pero también es verdad que se iniciaría pronto la evolución hasta llegar a la formulación clásica de que se puede encargar el cumplimiento de un fideicomiso a todos aquellos a quienes llega algo a consecuencia de la muerte del disponente.

En los posteriores §§ 7 a 10 examina más concretamente a quien se puede encomendar un fideicomiso (al que posee los bienes hereditarios no por un primer llamamiento, sino por un llamamiento posterior (§ 7); al que todavía no ha nacido siempre que haya de ser nuestro sucesor cuando nazca (§ 8); no grava al heredero del siguiente grado el fideicomiso encomendado al heredero legítimo de primer grado (§ 9) muy discutido; y lo mismo sucedería cuando se encarga el fideicomiso al patrono y se llama a la posesión de los bienes hereditarios a alguno de sus hijos después de morir aquél (§ 10).

Dice el texto: § 7: Nec tantum proximi honorum possessoris, verum inferioris quoque fidei committere possumus. § 8: Sed et eius, cui nondum natus est, fidei committi posse, si modo natus nobis successurus sit. § 9: Illud certe indubitata dicitur, si quis intestatus decesserit ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit, fideicommissum reliquerit, si illo remediante ad sequentem gradum devoluta sit successio, cum fideicommissum non debeat, et ita imperator postea recripuit. § 10: Sed et si a patrono sit relictus et aliquis ex liberis eius mortuo eo adinque sit ad honorum possessionem, idem erit dicendum.

Creemos que se puede sostener la claridad de estos supuestos, salvo, como hemos dicho, la exclusión que se contiene en el § 9, que ha sido muy discutida. Ya Faber (106) mantuvo que todo él era de fagitura compilatoria ya que los romanos no conocían en la sucesión legítima del ius civile la successio gradum, y Voci (107) afirmó que debía tratarse de honorum possessorum puesto que en la época clásica la herencia legítima no admitía sucesión en la delación. Por el con-

(106) Vid. Index Interpolationum, y Grosso, I legati..., cit. pag. - 171.

(107) Diritto ereditario..., II, 2, nota (21) pag. 243.

trario, Gronco (108) sostuvo que pudo que el texto haya sido resumido, pero que su núcleo debe ser considerado clásico y que ha escapado de las manos compilatorias, puesto que la tendencia justiniana iba dirigida a la más amplia conservación de las cargas.

D. 30.93. (et ab eo, ad quem impuberis filii legitima hereditas vel bonorum possessio perventura est, fideicommissa recte dantur, quod fideicommissum hactenus, quotenus impubes decedat, valebit, ceterum si pubes factus decesserit, evanescit fideicommissum), fragmento que situó Uchel a continuación, nos ha llegado tan mutilado que en la Palimpsesta lenoliana aparece completado con la última parte de D.30.92,2, Iul. 39 Dig. (entre corchetes, en el texto) para su mejor comprensión.

En la línea de examinar a que personas se podía encomendar el cumplimiento de un fideicomiso, Juliano decía que se podían dejar rectamente fideicomisos con cargo al que va a recibir la herencia legítima o la posesión de los bienes hereditarios del hijo impuber, y este fideicomiso valdrá, dice Ulpiano, en el caso de que el hijo muera impuber, pues si muriera cuando había alcanzado la pubertad, el fideicomiso se extingue (109).

Aparte la claridad del texto, tenemos que hacer notar su cerceamiento. Posiblemente Ulpiano estaría tratando el mismo tema que Juliano, en quien se inspiraría (un supuesto particular al que da lugar el régimen de los fideicomisos, y es que el pater sin disponer una sustitución pupilar podía encomendar un fideicomiso al heredero ab intestato del pupilo, a condición de que le instituya su heredero (110), y matizarla de la forma que hemos visto la validez de ese fideicomiso. Los comisionados justinianos, despojando al texto de Ulpiano de todo lo que le antecedía, utilizaron solamente la parte en que este concretaba esa cuestión.

(108) Legati..., cit. page. 172-172

(109) En la moderna traducción castellana del Digesto de los prof. D' nn, Pérez-Torero, etc., los traductores se dejan llevar por la equivalencia de los términos legatum — fideicommissum y — así evanescit fideicommissum lo traducen por "el legado se extingue".

Lenel situó a continuación el principium de D. 32.3 (si mulier - dotem stimulata fuerit et accento tulit marito in hoc dotem. ut fidei commissum det. dicendum est fideicommissum deberi peremptissae quia aliquid a muliere videtur. haec ita. si mortis causa donatura mulier marito facit. accento. sed et si mortis causa auxerit marito dotem

sum ab eo deberi.) en el que Ulpiano, que seguía examinando a que - personas se podía encomendar un fideicomiso, sostiene que éste se podía encomendar también a un donatario mortis causa. El supuesto concreto examinado es el de una donación mortis causa entre cónyuges, - cuyos problemas no es éste el lugar de tratar, pero sí de decir que en principio el fragmento nos parece clásico y la consecuencia que - de él se extrae debemos considerarla también clásica: la posibilidad de encomendar el cumplimiento de un fideicomiso a un donatario mortis causa.

El 1 de D. 32.3. nos lo presentó Lenel conjuntamente con D. 30.95, por ser conexos los temas tratados en ellos: 1º: Julianus scribit. si servus mihi legatus sit cumque manumittere rogatus sit. fideicommissum a se relinqui non posse. scilicet si pura rogati non si sub condicione vel in dies. propter fructum medii temporis necesse est obligari nec Julianus dubitaret. D. 30.95: Videndum tamen est. si vi sa operarum rogaverit cum aliquid. debeat hoc fideicommissum valere: quod nequaquam dicendum est. quia nec operae imponi huiusmodi liberti possunt nec impositae exiguntur. quavis testator ita caverit.

En el primer texto Ulpiano se muestra de acuerdo con Juliano <sup>(111)</sup> en que si se hubiera legado a una persona un esclavo con el encargo de manumitirlo, no se le puede encomendar otro fideicomiso. Pero si que diciendo al texto que esto sucede si el encargo se hizo puro y - simplemente, pues si se hizo bajo condición o sometido a término po-

(110) Cfr. Voci, Diritto ereditario..., II, 2, pag. 182.

(111) Lenel identificó esta opinión de Juliano expuesta por Ulpiano con una perteneciente al libro 39 Dig., de fideicommissis, I, D. 30.94,3. Vid. Pal., I, col. 420, fr. 552, in fine.

dia esa persona quedar obligada en razón a los frutos percibidos en el tiempo intermedio. ¿Y valdrá el fideicomiso -se pregunta en D. 30. 95- cuando se ha rogado a un liberto el cumplimiento de un fideicomiso en lugar de los servicios que debe prestar como tal? En este caso la respuesta de Ulpiano es negativa, pues no pueden imponerse prestaciones de esta clase al liberto ni las impuestas pueden exigirse aun que así lo hubiera dispuesto el testador.

Lo primero que notiene Ulpiano en D. 32.3,1 está dentro de lo - que hasta aquí venimos manteniendo desde D. 32.1,6. Así también se - manifestaba Juliano en el texto del que Ulpiano suponemos que tomó su referencia: ... an ne ia quidem. qui servum legatum rogatus fuerit manumittere. is enim damna pecuniam ex causa fideicommissi praestare cogendus est. cui aliquid eiusdem generis vel similia ex testamento consequitur. Lo que se dice en el resto a nosotros nos parece también de toda lógica: si el encargo se hizo sometido a condición o a término, se podrá encomendar a esa persona un fideicomiso cuyo cumplimiento estará amparado, por decirlo de alguna manera, por los frutos que ese esclavo produzca hasta que se cumpla la condición o el término.

Albertario (112) sostuvo su manipulación desde agiliter hasta el final, basándose en el paso de la forma pasiva rogatus sin a la activa rogat, sin sujeto. Así el obligari ex fideicommissis no sería - ulpiano, sino de quien manipuló el texto.

Nosotros admitimos que el texto pueda estar retocado, pero creemos que tan solo formalmente, por lo que no podemos estar de acuerdo con Albertario cuando afirma que en su opinión no se trata de una manipulación formal, sino de normas que se encuadran en el complejo de nuevas normas sugeridas por el favor libertatis. Aquí tenemos que reiterarnos a lo que nosotros sostenemos sobre el favor libertatis a lo largo de este trabajo, postura por supuesto contraria a la mantenida por Albertario. Además, los últimos argumentos que expuso nos parecen

(112) La cosiddetta obligatio ex causa fideicommissi, en Studi, III, page. 52 y 53.

muy endebles: la condición, dice, se puede cumplir justamente después de la muerte del testador; el término puede ser tan cercano a este acontecimiento que no pueda hacerse ninguna diferencia entre el legatario que pure rogatus sit y el legatario que rogatus sit sub conditione vel in diem, y que, por lo tanto, no puede aducirse la adquisición de los fructus medii temporis como razón de la validez del fideicomiso. Lo que dice Albertario es cierto, pero a contraria sensu de lo por él mantenido, es decir, que la condición y el término no se cumplen tan inmediatamente, sí tendría sentido el que se pudiera encomendar válidamente un fideicomiso. Para estos casos no estaba de más arbitrar una solución que es, en esencia y en nuestra opinión, lo que hace Ulpiano en el texto.

También nos parece que puede considerarse clásico lo que se sostiene en D. 30, 95 sobre la no posibilidad de encomendar a un libre un fideicomiso en lugar de los servicios (operae) que debe prestar como tal.

En D. 32, 3, 2, 3 y 4, que Lenel presentó a continuación (§ 2: Si res quis debeat ex stimulatu ei qui rem laxaverit. fidei committere eius non poterit. licet ex legato commodum sentire videatur. quod dominum nunciatur statim non exspectat ex stimulatu actionem fortassis - quia dicat et sumtum litis. cum sustineret. si ex stimulatione litigeret, cum lucrari. sed nequaquam dicendum est huic fidei committi posse. § 3: Sed si habenti tibi proprietatem rem fructus mortis causa cessare. potest dici fideicommittere ne posse. nec quumquam poterit quod rem fructus vel mortis extinguere non medii potius temporis. cum vivat cui donavit. commodum corripimus. § 4: Si autem nuncius debitoria liberaverit mortis causa et eius fideicommissum. non potest valere fideicommissum) se sigue examinando a quién y en qué circunstancias se puede o no encomendar un fideicomiso, y en esencia también creemos que se puede considerar clásico su contenido, aunque hay que admitir ciertas alteraciones que entre otros han sido apreciadas por Lenel (113) y Bessler (114).

(113) En Pal., II, nota (2) col. 904, sostuvo que en el 2 había que restituir después de ei cui, per vindicationem.

En el principium de D. 32.5, se da validez al fideicomiso encomen-  
dado a los municipes de una ciudad, y en el § 1, al encomendado al -  
heredero del heredero o del legatario: (Si fuerit municipium legatum  
relictum, ab is qui res publicas gerunt fideicommissum dari potest.-  
Si quis non ab herede vel legatario, sed ab heredis vel legatarii -  
ho res fideicommissum reliquerit, hoc valere bonorum est).

Veremos en su momento que en un principio ni el municipio ni los  
municipes tenían capacidad para ser instituidos herederos (115), po-  
ro también veremos que esta materia fue objeto de una evolución pau-  
latina y que poco a poco se les fue reconociendo la capacidad para -  
ser instituidos herederos. Una fase de esta evolución fue el recono-  
cerles capacidad para adquirir legados (Reg. Ulp., XXIV, 28: Civita  
tibus omnibus, quae sub imperio populi romani sunt, legari potest -  
idque a divo Nerua introductum, postea a senatu auctore Adriano di-  
ligentius constitutum est.) En el texto, Ulpiano sostiene que se -  
puede encomendar un fideicomiso a un municipio al que se ha benefi-  
ciado con un legado. Y esta práctica de beneficiar con legados a las  
ciudades gravándolas a la vez con el cumplimiento de un fideicomiso  
debía asegurar también la perpetuidad de la función encomendada y -  
así, como él afirma, encontramos en las fuentes una rica documenta-  
ción al respecto, dado que las obras benéficas encomendadas a los mu-  
nicipios son una de las características de la época del principado.  
(116).

En cuanto a la validez del fideicomiso encomendado al heredero del  
heredero o del legatario, la expresa llamada a la bonitas que el -  
texto hace nos hace sospechar de su clásicidad. (117).

(114) Beiträge..., 2, pag. 11; 3, en pag. 87, Requiem, y en pag.  
140, desde fortassis hasta el final, en el § 2, y también en  
este §, desde licet hasta el final, en Romanistische Studien  
SZ 47, (1927), pag. 67.

(115) Vid. pag.

(116) Diritto ereditario..., cit., I, pag. 424. Cita Voet un texto  
de Paulo, 3, Reg., en el que encontramos una clasificación de -  
las cargas impuestas a las civitates, D. 30.122.



D. 32.7, pr. y 1, es el fragmento que Lenel presentó a continuación (Si deportati servo fideicommissum fuerit adscriptum, ad fiscum pertinere dicendum est, nisi si eum deportatus vivo testatore alienaverit vel fuerit restitutus: tunc enim ad ipsum debet pertinere (pr) Si miles deportato fideicommissum reliquerit, verius est, quod et Marcellus probat, capere eum posse ( 1)) En el texto parece que Ulpiano hace una distinción sobre la validez de un fideicomiso teniendo en cuenta la persona del que realiza el encargo. Si un particular encomienda un fideicomiso a favor del esclavo de un deportado, el fideicomiso ira a parar al fisco, pero si es un militar el que lo encomienda en favor de un deportado, de acuerdo con lo que opinaba Marcelo, (118) éste podía adquirirle. Se deduce, por tanto, que un militar sí puede designar como beneficiario de un fideicomiso a un deportado mientras que el paisano no podía.

La genuinidad del texto fue cuestionada por Albertario y Biondi - pero no en lo fundamental, ya que Albertario dudó del período nisi — pertinere, y Biondi, siguiendo los argumentos que ya conocemos - sospechó de la pureza del período vel fuerit restitutus — pertinere. ( 119)

D. 32.7,2, cuyo final es idéntico a lo que dice Ulpiano en D. 34.3.14, es el fragmento con el que Lenel concluyó la reconstrucción de este libro I de Ulpiano.

El 2, dice: Si quis creditori suo legaverit id quod debet, fidei committi eius non poterit, nisi commodum aliquod ex legato consequatur, forte exceptionis timore vel si quod in diem debitum fuit vel sub condicione. (D. 34.3.14: Idem est et si in diem debitor fuit vel sub condicione).

(117) Albertario se manifestó en este sentido en Conceptus pro legato habetur, BIDE, 33 (1923) pag. 65, y para nuestro texto, - pag. 69.

(118) Lenel situó esta opinión de Marcelo en su libro 15 Dig. de fideicommissis, Vid. Pal., I, col. 617, frag. 175.

(119) La construcción "nisi — tunc enim" e altre simili, en Studi VI, pag. 76, y la convalidazione, cit.

Si alguien hubiera dejado a su acreedor aquello que le debe, no podrá encomendarle un fideicomiso, a no ser que consiga aquí alguna ventaja del legado, como si acaso se libera del temor de una posible excepción, o la deuda estaba sometida a término o bajo condición.

En D. 34.3. 14, como vemos, se repiten las mismas palabras finales de D. 32.7,2, por lo que hay que pensar que fueron utilizadas - por los compiladores para completar el texto de Juliano 1 dis, que le antecede, en el que Juliano sostenía que si un acreedor había legado (la liberación) de lo que se debía a un deudor que podía defenderse con una excepción perpetua, el legado es nulo, pero si el mismo - deudor hubiera legado su deuda al acreedor, deberá entenderse que el deudor quiso legar a su acreedor la renuncia de su excepción. Los comisionado-s situaron en el fragmento 14 esas palabras de Ulpiano, diciendo que lo mismo valía para el deudor a término o bajo condición. Debemos suponer que la intención de los compiladores era que este deudor legaba su renuncia a uno y a la otra.

Ulpiano se inspira aquí en Juliano, y lo dicho por ambos podemos considerarlo substancialmente clásico. Ulpiano seguía pasando revista a las personas a las que se podía encomendar un fideicomiso y se enfrenta al caso del deudor que deja a su acreedor lo que le debe. - Así considerado, no podía encomendarle un fideicomiso, pero si del - legado obtenía el acreedor alguna ventaja como la apuntada por Juliano y las expuestas por Juliano, si se le podía encomendar el cumplimiento de un fideicomiso.

#### E. El texto de Meciano.

Bajo la rúbrica a quibus fideicommissa relinqui possint, Lenel - situó un fragmento del libro I de Meciano. D. 32.9, que dice: Si ita Querit fideicommissum relictum: "ad quemcumque ex testamento meo vel ab intestato" vel ita: "ad quemcumque quoque iura bona mea perveniant" haec oratione et eius: "qui postea natus erit in va familiam venerit - et eius, qui postea cognatus esse coeperit, fidei commissum videntur: eius quoque, quae nondum nupta erit, sed postea eo casu, quo ex edicto ad uxorem bona mariti intestati solent pertinere.

Meciano estudiaba también a quien podía encomendarse el cumplimiento de un fideicomiso y en el texto interpreta unas disposiciones del testador. Si éste ha dejado un fideicomiso en estos términos: "encargo a cualquiera que (adquiera) por mi testamento o ab-intestate" o "a cualquiera que lleguen mis bienes del modo que sea", con esta redacción parece encomendarse el fideicomiso también a cargo del que naciera o entrara en la familia en el futuro o llegase a ser segado después. También de la que todavía no era su mujer (pero llegará a serlo) después, en el caso de que suelen pertenecer (a la viuda) del marido muerto los bienes de aquí en virtud del edicto.

Deducimos del texto que podían ser gravados con el cumplimiento de un fideicomiso no sólo los herederos, sino también, como ya vimos que sostenía Ulpiano, los honorum possesores, y las fórmulas tan genéricas a las que se refiere Meciano incluyen a las dos categorías.

Pensamos que Ulpiano se inspiró en Meciano cuando trató de estos temas, ya que reprodujo la idea central de este texto cuando en D.32 1, 6-10, examinó a que personas se podía encomendar un fideicomiso, refiriéndose también al hijo que todavía no ha nacido y a los honorum possesores.

Para nosotros, aún aceptando algunas rectificaciones en el mismo propuestas por algunos romanistas,<sup>(120)</sup> el texto debe considerarse como substancialmente el mismo.

(120) Mommsen rectificó, por ejemplo, nondum nupta postea nupsit, pero, como vemos, no afecta a la esencia del contenido.

F. Textos sin título

En el libro V de Valente encontramos dos fragmentos sin rúbrica - que nos indique la materia a que hacían referencia (D. 32, 19, y D. 34, 4.28). Suponemos que Lenel, al desconocer el contexto de los mismos no se atrevió a intitularlos.

D. 32.19, dice: Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, - uti quid facias, etiamsi non interest heredis id fieri, negandum tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit, - Nerva et Attilicinus recte putaverunt.

Aborda aquí Valente el problema de una persona a quien se deja un fideicomiso con la obligación de que haga algo (¿modo?) aunque no interese al heredero que se haga. Valente recurrió a la opinión de Nerva y Attilicino, (121) con la que se muestra de acuerdo, en el sentido de que se le debía denegar la acción (de petición del fideicomiso) si no daba caución al heredero de hacer lo que quiso el difunto.

Este texto ha dado lugar a muchas controversias entre los romanistas que discuten prácticamente todo su contenido (el sentido de la cautio que debe prestar el fideicomisario, el alcance de la denegatio actionis, etc.) teniendo todo ello como fondo el marco del legado - (o fideicomiso) modal. (122).

Nosotros no pretendemos entrar en la controversia, pero sí debemos opinar sobre la genuinidad del texto, y aquí tenemos que mostrarnos de acuerdo con la mayoría que estiman manipulada la doble referencia a los legados y a los fideicomisos. Valente hablaría solamente de fideicomisos, y Nerva y Attilicino, por supuesto, también. La -

(121) El Nerva a quien se hace referencia en el texto es Nerva Pater. No se ha conservado ningún fragmento de las obras de Nerva ni de Attilicino. Nuestro conocimiento de las mismas se debe a referencias que de ellas hicieron otros juristas posteriores. Vid. para Attilicino, Pal., I, cols. 71 a 74, y para Nerva, Pal. I, cols. 787 a 790.

(122) Vid. entre otros, Grosso, I legati ..., pag. 59 nota (2) y - pag. 469. Voci, Diritto ereditario ..., II, 2, notas (6) y - (13), pags. 621-622. Di Salvo, Il legato modale en donde efectúa un profundo estudio de nuestro texto fundamentalmente en - pags. 52 y ss. Vid. también pags. 32, 67 y ss., 75, 85 y 105.

ampliación al legado se debe considerar obra de manos postclásicas o de los compiladores justinianos.

En D. 34.4.28 se aborda el problema de que un testador hubiera dejado a una persona una cosa con el ruego de que se la entregara a otra, y luego hubiera dejado a esa persona la misma cosa por fideicomiso sin rogarle que la entregara. Se pregunta si está en el arbitrio del fideicomisario el elegir el fideicomiso y no entregar aquella cosa, pero es más cierto, se dice, que hay que estar a la última declaración del testamento (Si tibi certam rem legavero et rogavero te, ut eam Titio restitueres, deinde eandem rem tibi fideicomissam nec rogavero te, ut illi eam praestares, quaeritur, an in tua potestate sit ex causa fideicomissi eligere, ut fideicomissam non praestes, et magis posteriorem scripturam testamenti placuit spectari.

Estamos de acuerdo con Voci (123) en considerar interesante la respuesta contenida en el texto puesto que nos enfrenta con un problema de facultad de elección que se dice pertenece al gravado con un fideicomiso, pero a la vez se hace una llamada al principio novissima scriptura valet.

El legado aparece dispuesto de dos formas diferentes (una con un fideicomiso de entregar la cosa a otra persona, y la otra como fideicomiso sin ningún tipo de encargo) y habría que determinar si al gravado-beneficiario le cabía la posibilidad de elección. Pero también se dice que hay que estar a la última declaración del testamento (que parece ser el fideicomiso sin ningún tipo de encargo) la primera disposición queda revocada por la segunda que es la que queda en vigor.

Es, por lo tanto, un poco contradictorio lo que en el texto se afirma. Hay que pensar, de acuerdo con lo expuesto por Voci, que el texto ha debido sufrir una reducción efectuada por manos compilatorias. El principio de la electio y el valor de la novissima scriptura tienen ámbitos de aplicación diferentes, y tal como se presenta

(123) Diritto ereditario..., II, 2, pags. 559 y 560, nota (94).

el texto actualmente, por efecto de ese resumen que ha sufrido, se confunden, porque la elactio, como ya hemos explicado, así considerada, pierde todo su valor.

También aparece sin ninguna rúbrica, quizás por las mismas razones que hemos indicado en el libro V, el único fragmento que se ha conservado del libro VII de Valente, D. 33.1.15, que dice: Iavolenus - sum, qui rogatus post decem annos restituere pecuniam ante diem restituerat, respondit, si propter capientis personam, quod rem familia rem tueri non posset, in diem fideicommissum relictum probetur et perdituro ei id heres ante diem restituisset, nullo modo liberatum esse, quod si tempus heredis causa prorogatum esse, ut commodum medii temporis in se sentiret, liberatum eum intellegi, nam et plus cum praestitisse quam debuisset.

Acudió Valente a Iavoleno (124) el cual sostenía que no se liberaba de su obligación el fiduciario que había restituido una cantidad antes del tiempo en el que se le rogó que la restituyera, caso de - que se probara que se dejó el fideicomiso con un plazo a causa de la persona legataria (fideicomisaria) porque no sabía administrarse. - Por el contrario, si se dió el plazo a causa del heredero, para que se aprovechara con el lucro del tiempo intermedio, se entiende que - quedó liberado pues incluso pagó más de lo que debía.

Se trata de un fideicomiso cuyo cumplimiento está sometido a término en el que el fiduciario paga antes de que este término se cumpla. Acepta Valente la distinción que hacía Iavoleno entre un término normal, puesto en interés del fiduciario (ut commodum medii temporis in se sentiret), y el término puesto en interés, que se considera irrenunciable, del fideicomisario (quod rem familiarem tueri non potest). Si el fiduciario cumple antes de tiempo, en el primer caso se liberaría, pero esto no sucedería en el segundo supuesto.

El texto, en nuestra opinión, es substancialmente clásico.

(124) Lenel situó esta opinión de Iavoleno en un apartado dedicado a las citas de jurista ex libris incertis. Vid. Pal., I, col. 316 fr. 238.

VI,2 20. Los temas relativos al contenido de los fideicomisos. Introducción.

Dentro de la literatura monográfica que estamos estudiando, existen apartados (en la forma de libri) en los que los respectivos juristas - se enfrentaban con problemas que atañían principalmente al contenido - de los fideicomisos. Los aspectos singulares que presentaba la disposición, bien por lo insólito de ésta o bien por la vaguedad con que el - disponente se expresaba, explican la existencia de sus libri en los - que se procuraron soluciones a los más variados casos dentro de esa técnica general. Lenel intituló estos libri con la rúbrica De singulis - rebus per fideicommissum relicta -acomodándose con ello a las denominaciones empleadas por Justiniano en Instituciones y Digesto- y así - y tal como quedó indicado van en su Palinogenia con ese encabezamiento to los libri I y II de Valente, parte del II de Meciano, el I de Pomponio, el I de Paulo y parte del II de Ulpiano.

Dentro de este grupo, y aunque Lenel no lo señale con esa titulación podrían ir también el III de Meciano y el I de Gayo (al que Lenel adjudica la rúbrica Communio de fideicommissis) ( 1 ).

Resultaría farragoso hacer una exposición pormenorizada y exhaustiva de lo que de tales libros se ha conservado pero no puede emitirse - una referencia a su contenido que si bien es heterogénea, no deja de - constituir un delimitado sector de temas y problemas dentro de los muchos que suscitaban los fideicomisos. Como queda dicho, ese sector se conectaba unas veces con lo insólito de algunas disposiciones fideicomisarias (recordamos por ejemplo el fragmento de Valente D.32.12 donde al fiduciario se le encomienda una labor docente, o el texto de Ulpiano en D. 32.11,14 donde se alude a un fideicomiso que versa sobre un - edificio que por razones públicas va a ser objeto de derribo forzoso), o bien, en otros casos, con las dificultades de interpretación de algunas expresiones demasiado ambiguas del disponente (ver por ejemplo los pasajes de Ulpiano en D. 32. 11, 9-11). A estos problemas podrían unir

( 1 ) Evidentemente Gayo formó este libro I no solo con los temas relativos a las cosas dejadas en fideicomiso, sino también con los - que afectaban a otras cuestiones (fideicomiso de herencia, capacidad, libertad fideicomisaria) que otros juristas trataban aparte.

se los provocados por un cambio de circunstancias, de tal suerte que - las previsiones de quién había ordenado el fideicomiso no pudieran regularse o no al menos en la misma manera en que fueron pensadas (como es el caso presentado por Ulpiano en D. 32.11, 19) y en este campo nada tiene de particular que los juristas fijasen también su atención en aquellos fideicomisos que contenían una cláusula modal o una condición (véanse, por ejemplo, entre otros, D. 32.10 Valente, o los textos de Mediano D. 35.1.91; 40.4.55 y 44.7.31 que Lenel reúne tras la rúbrica De condicionibus fideicomissorum). En unos casos se trata de fideicomisos que implican bienes materiales singularizados (dinero, objetos concretos), en otros tropiezos con libertades fideicomisarias y hay - también, por último, fideicomisos de herencia. Pero sea el que fuere - el contenido de la disposición el problema central estriba aquí en decidir si la condición debe estimarse cumplida o no, y es interesante - hacer notar que la tendencia general es la de procurar una interpretación que permitiera aceptar el cumplimiento de la condición y en consecuencia la efectividad del fideicomiso. Y esto puede observarse tanto en Valente (D. 35. 1.87 y 89), como en Mediano (D. 40.4.55), como en - Gayo (D. 32.14), como en Ulpiano (D.32.11, 5-6 y 11). Es decir, todos ellos parecen esforzarse en eliminar los obstáculos que pudieran impedir la validez del fideicomiso y que aquí consistirían en dar por incumplida la condición impuesta. Una tarea interpretativa delicada, ya que habría que conjugar ese apoyo al fideicomiso con un absoluto respeto a la voluntad del disponente. Las expresiones de Ulpiano en D.36. 1.18.4: mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis - assensio videbitur esse, de qualibus liber testator gesserit, son un - claro exponente de que cualquier interpretación tenía que partir de - esa voluntad individual, lo cual, por otra parte, estaba dentro de las coordenadas generales del Derecho testamentario romano. Lo que ocurre es que aquí la inexistencia de un rigor formal, como el que afectaba a los legados y a la institución de heredero, permitía una mayor audacia a los intérpretes. Debe reiterarse además que ese respeto a la voluntad del ordenante no sólo actúa a la hora de calibrar la efectividad del - fideicomiso y en pugna a veces con la proclividad a dar por cumplida - la condición, sino que también se tiene presente en aquellos casos en los que figura una cláusula modal. El fragmento de Valente en D.50.8.6 manifiesta la preocupación exteriorizada aquí por el senado para que -



sea aplicado el dinero del modo querido por el disponente y aunque es cierto que en la segunda parte de este texto se establece un principio contrario, ya veremos en su momento a que puede ser debida esta contradicción (2).

En todo caso lo que los fragmentos conservados revelan es que la condición en materia de fideicomisos ejerció un singular poder de atracción sobre los juristas, pues no solo hay en los libri ahora comentados una toma de postura ante problemas prácticos de carácter muy concreto, sino que existen igualmente formulaciones abstractas que serían impensables si los fideicomisos condicionales no hubieran jugado un papel relevante. Tal es el caso de D. 35.1.91 (Neciano lib. II fideic.) con su clasificación de las condiciones, o el de D. 44.7.31 (3) con la decisión de declarar nulo todo negocio bilateral afectado de condición imposible.

#### A. Los textos de Valente.

Después de esta introducción sobre los problemas que en general plantea el estudio de esta parte de las monografías, pasamos ahora a los asuntos concretos que se suscitan en los fragmentos objeto de nuestro examen.

El primer fragmento de Valente que en la reconstrucción de Lenel aparece situado bajo esta rúbrica en el libro I de su monografía es el que encontramos en D. 32.12 antes referido: Stichus liber esto: si ut

(2) El texto, procedente del libro II fideicommissorum de Valente, se refiere abiertamente al legado de dinero a un municipio con el fin de que sea invertido de un determinado modo. No es concebible que Valente en una obra sobre fideicomisos se refiriera aisladamente a un supuesto claro de legados (nótese además la referencia a la ley Falcidia y no al esporádico SC. Pegasiano), por lo que cabe pensar en una tarea de simplificación (el pasaje original habría incluido referencias paralelas a la suerte corrida por un fideicomiso de igual contenido) o bien, sin manipulación alguna en la redacción originaria, que nos encontramos ante un texto que servía de introducción a lo que venía después. Valente habría iniciado el tratamiento del tema partiendo de lo que ocurría con el legado, para luego entrar propiamente en materia. Vid. el tratamiento que de este fragmento hacemos más adelante.

sum heres artificium doceat, unde se tueri possit, peto. Peragrus inutile fideicommissum esse ait, quia genus artificii adiectum non esset; sed praetor aut arbiter ex voluntate defuncti et aetate et condicione et natura ingenioque eius, cui relictum erit, statuet, quod potissimum artificium heres docere cum sumptibus suis debeat.

Lo encomendado al heredero como fideicomiso es la enseñanza de un oficio -sin indicar la clase de éste-, a un esclavo que el causante manumite en el testamento. En el fragmento se recoge una discrepancia de opiniones entre Pegaso, para quien el fideicomiso es ineficaz al no determinarse el tipo de oficio que debe el heredero enseñar al esclavo manumitido, y Valente, para quien el pretor o un árbitro decidirán esta cuestión y así cumplir la voluntad del causante, teniendo en cuenta la edad, condición, naturaleza e ingenio del esclavo manumitido.

Pero esta discrepancia de pareceres que en apariencia recoge el fragmento ha sido contestada por parte de la doctrina que mantiene posiciones encontradas con respecto al alcance y contenido de la misma. Entre otros romanistas, han prestado su atención a los problemas que este texto suscita, Albertario (4), Riccobono (5), y Ferrini (6). La cuestión debatida por los romanistas citados sobrepasa el ámbito del fideicomiso y se centra en saber si se podía o no, en el derecho clásico, remitir al arbitrium de un contrayente de la obligación la determinación de la prestación y la validez y nulidad, en esa misma etapa del Derecho, -

(3) En la ed. Mommsen-Krüger el encabezamiento reza Marcianus libro secundo fideicommissorum, pero se trata de un error. Véase lo dicho en nota (21) pag. 121.

(4) Albertario, La nullità dell'obbligazione per indeterminatezza della prestazione, en Studi di Diritto Romano III, pag. 317-318; L'arbitrium boni viri nell'onerato di un fideicommissum, en Studi cit. III, pag. 360-361. Estos dos artículos forman parte de tres que Albertario dedicó al arbitrium de una de las partes en el cumplimiento de la obligación. Vid. el que los completa, L'arbitrium boni viri del debitori nella determinazione della prestazione, en Studi cit. III, pag. 285-310.

(5) Riccobono, L'arbitrium boni viri nei fideicommissi, en Melanges Cognil II, pag. 316-317.

(6) Ferrini, Teoria generale..., cit. pag. 249

de una obligación cuyo objeto consistiese en una prestación indeterminada. El problema abarca diferentes esferas del Derecho y el campo del fideicomiso es uno de los estudiados ( 7 ).

Acercándonos, desde una perspectiva general, a la polémica mantenida entre Albertario y Riccobono, podemos decir que en lo que respecta al fragmento objeto de nuestro estudio ambos admiten que está manipulado, alterado con mas (Albertario) o menos (Riccobono) extensión y transcendencia.

Para Albertario los juristas clásicos negaban la validez de un fideicomiso que para la determinación de su contenido o para su cumplimiento debía ser remitido al arbitrium del gravado. En el derecho justinianeo, según este autor, se admitió en estos casos la validez, exigiendo al mismo tiempo que el arbitrium del gravado fuese el de un bonus vir ( 8 ). Como consecuencia lógica de esta afirmación, toda referencia en un texto de un jurista clásico a la validez de la obligación surgida de un fideicomiso en el que concurren estas circunstancias, debe hacernos pensar que el texto ha sido manipulado por los comisionados justinianos para introducir en él algo que estaba vigente en su época, pero de ningún modo en la época de la que el fragmento procedía. Posición parecida a la de Albertario es la de Beseler ( 9 ) cuando dedica su atención a - "si heres voluerit".

Riccobono, por el contrario, sostiene que la validez de la obligación en estos casos ya tiene antecedentes en el derecho clásico y uno de los campos en el que éste era así es en el fideicomiso.

---

( 7 ) Albertario, en nota preliminar a su art. cit. L'arbitrium boni viri del debitore..., nos muestra un resumen de las opiniones favorables y las críticas que sus tres artículos suscitaron. En lo que respecta al fideicomiso nos remite a L'arbitrium boni viri nell'onerato... en el que nos dice rebate las objeciones que le opusieron Riccobono y Solazzi sobre esta materia.

( 8 ) Albertario, : L'arbitrium boni viri nell'onerato..., loc. cit. pag. 341.

( 9 ) Beseler, : Beitrag zur Kritik..., III, pag. 198 y ss.

No es nuestra intención entrar a fondo en la cuestión general de la validez o invalidez de la obligación considerando las distintas fuentes que esta pueda tener. Nos limitaremos a centrarla en los fragmentos que nos conciernen y en los que la misma esté presente.

En el caso que nos ocupa lo que llama la atención es el hecho de que para los clásicos fuese ya válido un fideicomiso en el que la prestación que debe llevar a cabo el fiduciario es indeterminada: enseñanza de un oficio -sin indicar cual-, a un esclavo manumitido. Para Albertario y los autores que sostienen una posición similar a la suya, la postura de los clásicos sería la mantenida por Pegaso en este fragmento, -mientras que la opinión que en el mismo se atribuye a Valente sería producto de la manipulación llevada a cabo por los compiladores justinianeos para dar entrada a una nueva doctrina.

Hay que hacer notar, sin embargo, que en el texto de referencia no se deja el cumplimiento de la obligación al arbitrio del deudor -en este caso el heredero fiduciario-, sino que la determinación de la prestación corre a cargo de un tercero -pretor o árbitro- (10) con lo que los argumentos de Albertario en contra de la posibilidad en la época clásica del *arbitrium boni viri* de una de las partes de la relación obligacional para la determinación de la prestación, no son de aplicación a este fragmento. Pero Albertario mantiene la postura de interpolación substancial del mismo en base a que "la obligación del heredero es tan indeterminada que ningún clásico podía considerarla jurídicamente existente" (11). Para este romanista, Pegaso sería el portavoz de una *communis opinio*, lo que a nosotros también nos parece posible. En lo que discrepamos de él es en su conclusión de que los compiladores justinianeos tuvieron aquí un modo de afirmar su nueva doctrina de la validez de las obligaciones, sugiriendo al árbitro o al pretor aquellos elementos que debían valorar para llegar a la determinación del contenido del fideicomiso.

(10) Riccobono en *L'arbitrium boni viri nei fedecommissari*, loc. cit., -pag. 317, admite la interpolación de *aut arbitro*, aunque en nota (1) sostiene que esta interpolación puede ser formal.

(11) *La nullità dell'obbligazione...*, loc. cit., pag. 318

Nuestra postura a lo largo de todo este trabajo coincide más con la opinión mantenida por Riccobono con respecto a este fragmento y al problema del arbitrium boni viri. Nos oponemos al hipercriticismo que muestra Albertario en su análisis de este problema. En nuestra opinión, es muy posible que a través del puente del fideicomiso -por utilizar las mismas palabras que Albertario- (12), entrase en el Derecho Romano una excepción -la de la validez de una obligación cuya prestación fuese indeterminada- aunque esta excepción chocase contra un principio fundamental del Derecho Romano de obligaciones (13). Y no creemos que sea necesario enumerar aquí las muchas excepciones tan enfrentadas como ésta o más con los principios del derecho Romano que se fueron filtrando por la vía del fideicomiso.

Para nosotros, pues, el fragmento de Valente que estamos analizando es substancialmente clásico; nos parece excesiva, por tanto, la manipulación pretendida por Albertario y otros autores que comprendería desde sed prator aut arbiter hasta debeat. Estamos con Riccobono al considerar que solamente estaría interpolado el aut arbiter y que muy posiblemente se trate de una interpolación formal (14). En cuanto al texto no sed prator aut arbiter... statuit que para Albertario pone de manifiesto claramente la intervención de los compiladores ya que, en su

(12) L'arbitrium boni viri del debitore..., nota preliminar, pag. 290

(13) No debemos pasar por alto la, a nuestro juicio, más seria objeción opuesta por Albertario a lo mantenido por Riccobono. En L'arbitrium boni viri nell'onerato..., loc. cit., pag. 340, Albertario nos dice que Gayo cuando hace una enumeración de las diferencias existentes entre legados y fideicomisos no incluye entre ellas a estas a las que nos estamos refiriendo, y deduce de este hecho que tales diferencias no están recogidas porque sencillamente no existían. Es cierto que Gayo no hace referencia a ello, pero para nosotros puede deberse a otras razones diferentes a la no existencia radical de tales diferencias. Una de ellas es que Gayo en su lista no agotase exhaustivamente el total de las diferencias. Otra es, y no hay que olvidarlo, que las innovaciones introducidas por el fideicomiso serían muy discutidas y no aceptadas pacíficamente por todos los juristas. Valente era partidario de admitir la innovación. Quizás Gayo seguía la communis opinio que la rechazaba y por esa razón no la dió entrada en su lista de diferencias.

(14) L'arbitrium boni viri nei fideicomessi, loc. cit. pag. 317. También Grosso, en I legati... cit. pag. 265 nota (4), considera muy radical la postura de Albertario con respecto a este fragmento.

opinión, es insólito que un jurista clásico que quisiera expresar un parecer diferente al de otro hubiese utilizado esos términos (15), aún concediendo la posible intervención de los compiladores mantenemos que en este caso tampoco se trataría de una interpolación substancial. Sería lo que podríamos llamar una alteración de autoridad, poniendo los compiladores en palabras de Valente una solución tajante, sanjando con ello la cuestión debatida.

En resumen, contempla el fragmento dos opiniones importantes:

- La de Pegaso que quizá fue el portavoz de un criterio hasta entonces muy extendido, y
- La de Valente, que por medio de su monografía sobre los fideicomisos sugiere una importante modificación en el régimen normal vigente hasta ese momento, modificación apoyada en la singularidad y excepcionalidad que llevó consigo el instituto por nosotros estudiado.

Otros problemas relacionados con el fragmento nos parecen de menos importancia, y por esa razón prescindimos de su detallado análisis.

Tras D. 32.12 nos encontramos con D. 34.1.22, título dedicado a De alimentis vel civibus legatis. En el principium dice Valente: Quia alimenta per fideicommissum relicta sunt non adiecta quantitate, ante omnia inspiciendum est, quae defunctus solitus fuerat ei praestare, deinde quid ceteris eiusdem ordinis reliquerit: si neutrum apparuerit, tum ex facultatibus defuncti et caritate eius, quae fideicommissorum datum erit modus statui debebit.

Nos volvemos a encontrar con un fideicomiso del que surge una obligación con un contenido indeterminado. En ese caso el objeto del fideicomiso son unos alimentos, pero el causante no determina la cantidad que debe ser entregada. Y lo mismo que en el fragmento anterior nos encontra-

(15) La nullità delle obbligazioni... loc. cit., págs. 318 y 361. En nota (2) de esta última pag. nos dice que el futuro statuet "ha un tono legislativo disdicevole a un giureconsulto".

mos con un enorme esfuerzo de Albertario para intentar demostrar la alteración y manipulación que, en su opinión, llevaron a cabo los comisarios justinianos con el mismo (16).

Valente nos señala lo que debe tenerse en cuenta para determinar el contenido del fideicomiso y así salvar la validez del mismo. Evidentemente el fragmento tiene trazas de haber sido manipulado y no solo formalmente ya que parece que quien reelaboró el texto añadió algún dato más a tener en cuenta en la determinación del contenido inspirados en las corrientes cristianas que dejaron sentir su huella en la mente de los legisladores del momento. Así la referencia a et caritate eius, cui fideicommissorum datum erit, tiene un claro sabor bizantino como lo reconocen, además de Albertario, Riccobono y Ferrini (17).

Pero Albertario va mucho más lejos. No se conforma con señalar esta interpolación que en cierto modo salva la validez del fideicomiso al indicarse en el fragmento otros criterios de determinación que no tienen por qué no ser clásicos. En "Promesa generica..." señala como interpolado desde tum ex facultatibus defuncti et caritate, hasta statui debet. En "sull diritto agli alimenti..." la sospecha de interpolación se amplía aquí considera interpolado desde si neutrum hasta statui debet, en la nullità dell'obbligazione..." y en L'arbitrium boni viri - nell'onerato..., llegan sus sospechas al límite al considerar interpolada la mayor parte del texto desde ante omnia hasta statui debet (18)

(16) Albertario hace referencia a este fragmento en los siguientes trabajos: Sul diritto agli alimenti, en Studi cit., I, pag. 274; La nullità dell'obbligazione..., loc. cit., pag. 315; L'arbitrium boni viri nell'onerato... loc. cit., pag. 360; Promessa generica e legato generico di dote, en Melanges Cornil I, pag. 7

(17) Riccobono, en Cristianesimo e diritto privato, Rivista di Diritto civile 3 (1911) pag. 49, refiriéndose a la influencia del cristianismo y hablando del legado de alimentos nos dice que la cantidad de los mismos en caso de duda se determina ahora no solo por términos objetivos sino también por la indigencia de la persona. Ese ahora nos hace pensar que esa determinación se hacía con anterioridad por los medios objetivos a que se refiere, pero que en ningún caso se consideraba nula la obligación. Ferrini, en muchos lugares de su "Teoria generale..." se refiere a las interpolaciones de este tipo.

(18) Promessa generica... loc. cit. pag. 7; Sull diritto agli alimenti loc. cit. pag. 274; La nullità dell'obbligazione..., loc. cit. pag. 315; L'arbitrium boni viri nell'onerato..., loc. cit. pag. 360.

Y aquí ya no nos pueden convencer sus argumentos. Admitimos que pudo haber más retoques en el fragmento -el statuere también está presente-, -pero pensamos que solo son retoques formales. No se convenció Alberto de que por medio del fideicomiso se introdujo ya una excepción a la nulidad de las obligaciones y por ello trató de atribuírsela por todos los medios a los compiladores justinianos.

Para nosotros, Valente trata de salvar la validez del fideicomiso y lo hace en este caso señalando unos criterios de determinación cuando -la obligación que surge del mismo tiene un contenido indeterminado. Criterios objetivos que más adelante, y por obra de los compiladores fueron ampliados con otros de carácter subjetivo que recogían las corrientes de opinión cristiana que imperaban en la época.

El párrafo 1º de este fragmento dice: Qui fratris sui libertis alimenta debebat, his testamento vineas cum hac adiectione reliquerat ut habeant unde se pascant', si pro alimentis vineas reliquisset, non aliter eis -- ex fideicommissi causa eas praestari debere, quam si testamenti obligatione heredes liberassent; aut, si id omisum fuisset et postea ex testamento agerent, doli mali exceptione tutum heredem futurum, scilicet - si non minus valent vineas quam alimentorum aestimatio, illam autem adiectionem 'ut habeant, unde se pascant' magis ad causam praelegendi quam - ad usum fructum constituendum pertinere.

El párrafo no tiene problemas de interpretación. El causante cumple - con su obligación de alimentos a los libertos de su hermano disponiendo un fideicomiso a cargo de sus herederos consistente en unas viñas, para que los libertos tengan con que alimentarse. Si los libertos aceptan las viñas deberán liberar a los herederos de la obligación de alimentos, siempre que el valor de las viñas fuese por lo menos igual a la estimación del coste de los alimentos. Si los libertos, aceptando las viñas, - no hubieran liberado de la obligación de alimentos a los herederos y ex testamento agerent, estos últimos estarán protegidos por la excepción de dolo malo.

En el testamento se contempla pues un fideicomiso de cosa concreta - unas viñas-, que por voluntad del causante -ut habeant, unde se pascant- sirve para el cumplimiento de un deber de alimentos.



En la edición Mommsen-Krüger del Digesto (19) aparece una nota después del praelegandi en la que se nos dice que en la edición de Mommsen se apunte la posibilidad de que en vez de esta palabra apareciera praedii legandi. En la edición de Mommsen, en este párrafo, también aparece praelegandi con una nota marginal -la (1) en este caso en la cual Mommsen nos muestra sus sospechas (praelegandi praedii legandi?). El tema no es de importancia para nuestro estudio, pero es de destacar el hecho de que en la edición castellana del Digesto llevada a cabo por los profesores D'Ors, Hernández-Tejero, Fuenteseca, García Garrido y Burillo, - los traductores, que toman como base la edición de Mommsen-Krüger, traen "del legado del predio", inclinándose así por la conjetura que aventuró Mommsen.

Vamos a contemplar ahora en conjunto los dos fragmentos siguientes - D. 35.1.87 y D. 35.1.89 y el fragmento que se encuentra entre ellos, - D. 35.1.88, que pertenece a Gayo, libro I fideic. (20) Estudiamos en este lugar este último fragmento porque los compiladores con estos tres textos compusieron un todo. Dicen así los fragmentos: Quod traditum est in legatis novissimum. in libertatibus levissimum conditionem spectandum esse. (D. 35. 1.87), id est quae ipsi servo commodior sit. (D. 35.1.88), non ad ea duntaxat pertinet. quae saepius sub diversis conditionibus, - sed etiam quae primo pure, deinde sub conditione dantur. itaque quod heres pure dare iussus est quodve pure legatum est. cum id ex intervallo sub conditione legatum est. posterius valet: si prius sub conditione, deinde pure legatum est. praesens debetur. quod si pure legatum ex continenti heres sub conditione damnatus aut rogatus est dare. perinde est. ac si iuncta subiecta scriptura inde legatum esset. vel ut praesens vindicari si hoc voluerit legatarius. vel. cum condicio existiterit ab herede peti possit. nisi commemoratione superioris legati posterius - scriptum fuerit. veluti: Stichum. quem illi legavi. heres meus ei. si -

(19) La ordinaria de Mommsen revisada por Krueger, 16ª ed. reproducida, Berlín, 1954.

(20) Aparece este fragmento en la reconstrucción de Lenel bajo la rúbrica Communia de fideicommissis. Yadjimos anteriormente que bajo esta rúbrica se trataron varios temas, y uno de ellos es el que estamos estudiando. Volveremos otra vez sobre él cuando analicemos parte de la monografía de Gayo.

illud factum erit, dato: tunc omni revocandi animo praesens legatum et sub condicione dandi ita scribisse videbitur et si ante condicionem - rem vindicet, doli exceptio locum habere poterit. (D. 35.1.89).

A propósito del legado (o fideicomiso) condicional referente a la - concesión de libertad, que es de lo que hablan los dos primeros fragmentos, Valente contempla en el último (D. 35.1.89) la reiteración de un - legado (o de un fideicomiso) añadiendo una condición, o bien suprimiéndola si en la primera mención se legaba condicionalmente.

Es probable que los dos fragmentos de Valente estén extraídos de una parte de su obra en la que el jurista hiciera una referencia conjunta a legados y fideicomisos. Los compiladores aligeraron su exposición dejando solo subsistente la mención a los legados. Sin embargo, en nuestra - opinión, dejaron un rastro de esta exposición conjunta en la frase quod si pure legatum, ex continenti heres sub condicione damnatus aut rogatus est dare... Para nosotros el fragmento es substancialmente clásico, pero incompleto. Valente hacía mención a los legados para luego -o bien - simultáneamente- referirse a los fideicomisos para anotar contrastes o coincidencias con lo antes tratado. Los compiladores suprimieron, en su afán de unificar, lo relativo a los fideicomisos, pero como hemos dicho nos dejaron un rastro por el que podemos deducir el doble tratamiento - al que estamos aludiendo.

D. 35.1.89 y sobre todo los problemas que en él se tratan ha originado bastantes opiniones referidas sobre todo a su genuinidad, manteniendo que la intervención compilatoria cambió radicalmente lo que en substancia decía el texto originario, dando así entrada a corrientes de - opinión que no fueron clásicas (21 ).

(21 ) Vid. entre otros, Beseler, Miszellen en SZ 47 (1927) pag. 375; - Wlassak, Vindikation und Vindikationslegat, en SZ 31 (1910) nota (3), pag. 230-31; Sogret Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico, en Rivista di Diritto Civile 18 (1926) nota (1), pag. 455; Fringsheim, Animus donandi, en SZ 42 (1921) pag. 203; Albertario, Sulla revoca tacita dei legati e dei fideicommissi nel diritto Romano, En Studi cit, IV, pag. 41 a 62, y Le fonti delle obbligazioni o la genesi dell'art. 1097 del Codice Civile, en Rivista di diritto Commerciale, 21,1 (1913) nota (2) - pag. 492.

Nuestra postura con respecto a este tema ya ha quedado expuesta. Admitimos una manipulación, pero creemos que ésta se limitó a simplificar el fragmento sin alterarlo substancialmente. La aparición de alguna palabra o giro claramente postclásico o justinianeo no tiene por que significar una alteración en el fondo de lo tratado sino la adecuación de las frases originales a la nueva redacción que simplificaba y unificaba un doble tratamiento.

En la reconstrucción Leneliana el fragmento que sigue es de Paulo 2 ad Vitell, pero en él se cita una opinión de Valente que Lenel supone extraída de su libro I de fideic. y por esa razón lo incluye en este lugar. En el Digesto está situado en 32.78,6 y dice: Qua vir ita legasset 'quae uxoris causa parata sunt, ei de lego', ego apud praetorem fideicommissarium petebam etiam res aestimatas, quarum pretium in dotem erat, nec optinui, quasi testator non sensisset de his rebus, atquin si in usum eius datas sint, nihil interest, ab ipse an ab alio comparatas sunt Postea apud Aburnium Valentem inventi ita relatum: mulier res aestimatas in dotem dederat ac deinde maritus ei legaverat his verbis: 'quae eius causa comparata emptaque essent', dixit emptorum paratorumque appellatione non contineri ea, quae in dotem data essent, nisi si maritus eas res, posteaquam ipsius factae essent, in uxoris usum convertisset.

Nos llama la atención en este texto de Paulo que recoge una opinión de Valente el que tanto en la parte que podríamos decir pertenece a Paulo, como en la de Valente, se habla de legado (legasset, legaverat) y no aparezca, salvo la mención al pretor fideicomisario, la palabra fideicomiso. El texto trata el caso de las cosas legadas (¿o encomendadas por fideicomiso?) a la mujer, que hubiesen sido compradas por ésta. Valente, como decimos, al parecer solo se refería a los legados, pero nosotros creemos que es probable que lo mismo que Paulo, se estuviera refiriendo también a los fideicomisos ya que si no no tiene sentido la referencia que se hace al pretor fideicomisario. Paulo pudo encontrar esta opinión en la monografía de Valente que sin duda tuvo ante la vista cuando confeccionó su monografía sobre fideicomisos (22). La mención -

(22) No debemos olvidar que según las conclusiones a que hemos llegado en la primera parte de este trabajo, la monografía de Valente sería la primera en aparecer (del año 135 al 150 p.C.), mientras que la de Paulo habría sido de las últimas.

al praetor fideicomissarius, como decimos, nos hace pensar que el texto de Paulo y el de Valente, al que acude el primero, trataban sobre los fideicomisos.

La duda que plantea Paulo es si en la expresión quae uxoris causa parata sunt, si de lego, se incluyen las cosas con estimación cuyo precio constituía la dote. Se acudió al praetor fideicomisario y éste estimó que no estaban incluidas. Paulo sigue diciendo que si las cosas se dieron para uso de ella, no hay diferencia entre que se hayan comprado de ella o de otra persona. En cierta manera Paulo busca un apoyo a su parecer con la cita de Valente. Para éste, en un caso similar con una disposición parecida quae eius causa comparata emptaque essent, no se comprendían las cosas dadas en dote aun ser que el marido las hubiese destinado para el uso de su mujer después de haberse hecho suyas (23).

El texto puede considerarse genuino. Solamente duda de su genuinidad y es como decimos una duda, Beseler refiriéndose a atquin (24).

El fragmento que cierra el libro I de la reconstrucción de la monografía de Valente es D. 36.2.29, título dedicado a cuando cede el día de los legados y fideicomisos. Dice así: Item, quandoque heres meus Titius decem det; utique decem heres debet. sed quando, dubitari potest utrum cum primum potuerit, et dies cedit et ab ipso petitur.

Se refiere aquí Valente a un fideicomiso de dinero sin precisar cuando tiene que pagar al heredero fiduciario. El fideicomiso es perfectamente válido a pesar de esa indeterminación. Podemos conjeturar que Valente determinaría el momento en que la cantidad sería exigible pero -

(23) Este párrafo tenemos que ponerle en relación con D. 32.46 (Paulo 2 ad Vitell.) en donde también se trata del alcance de expresiones similares a las aquí vistas: Et tamen adiectio legatum alias exiguus, alias plenius efficit, auctur, cum sic scriptum est: quae quo eius causa parata sunt; id enim significat et si quid praeter ea quae dicta sunt eius causa paratus est; minuitur detracta conjunctione, quia ex omnibus supra comprehensis ea sola definiuntur quae eius causam parata sunt.

(24) Beseler, Beitrage..., IV, pag. 181

probablemente el texto fue luego cercenado y quedó incompleta la explicación que había comenzado Valente. Quizás a los compiladores no les interesaba tanto el manifestar cuando era exigible el fideicomiso, como el hacer constar claramente la validez del mismo y por ello suprimieron el resto. Nosotros creemos que de ser ésta la intención de los comisionados hubiera sido preferible cortar antes de la frase y que hubiese quedado Rogo, quandoque heres meus Titius decem det. utique decem heres debebit. Al no hacerlo así, la argumentación de Valente queda incompleta y con solo una proposición condicional, sin oponer otra diferente o contraria.

El texto, por otra parte, parece auténtico. En él no se detecta ninguna manipulación ni en cuanto a la forma ni en cuanto al contenido, salvo la ya apuntada de cercenarlo a la mitad de la exposición.

De la monografía de Valente tenemos referencia a otro pasaje en un texto de Paulo. Es D. 31.82,2: Servo alieno posse rem domini legari Valens scribit: item id quod domino eius iure debetur, cum enim servus alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum instituitur, ut sit cum eo testamenti factio, ceterum ex persona servi constituitur legatum (23).

En general podemos decir que aquí Valente opina que a un esclavo ajenos no se le puede legar una cosa de su dueño. Cabe pensar que el supuesto contemplado es el siguiente: al instituido heredero se le ruega que de libertad a uno de sus esclavos y que le entregue una cosa del propio patrimonio del heredero. Habría por tanto una libertad fideicomisaria y un legado per damnationem en favor del liberto, pero verosimilmente el testador conjuntaría ambas decisiones en una disposición única y el legado fuera más bien un fideicomiso. Por otra parte, el dictamen de Valente sería quizás más extenso de lo que resulta de esta cita de Paulo.

(23) El fragmento de Paulo recogido en D. 31.82,2 es más extenso, pero Lenel consideró que solamente esta parte correspondía originariamente a Valente y es la que recoge en su Palingenesia, atribuyéndolo al Libro II de la monografía de éste.

Sobre este fragmento, que ha ocasionado bastantes quebraderos de cabeza a la doctrina, hace un extenso e intenso análisis Sainz-Ezquerria - Foces (26).

Sainz-Ezquerria (27) plantea así el problema: "Texto difficilísimo - tal como está redactado. La afirmación contenida en primer lugar (servus alienus... pure debetur) choca ya con todas las concepciones admitidas como clásicas sobre la aplicación de la r.C. (regula catoniana), - pues si el testador muriese inmediatamente después de confeccionado el testamento, el legado cedería en favor del esclavo y a través de él en favor de su dominus, éste es, el propietario de la cosa. Y de aquí la - desorientación de los intérpretes: ¿por qué no se aplica la r.C. al qui puesto, considerando el legado como nulo?" (28). Nos expone a continuación las respuestas que a esta cuestión han dado los romanistas que se han ocupado del texto. Para Ferrini, se desconoce la razón que justifica que esta decisión de la jurisprudencia clásica. (29) Lambert considera la decisión como una señal del escaso auge que en la época clásica disfrutaba la r.C. (30). Para Voci se elude en este caso la aplicación de la r.C. en base al principio por el cual in testamentis persona servi - inspicitur que en derecho Romano tiene varias aplicaciones una de las cuales es ésta (31).

(26) Sainz-Ezquerria Foces, La regla catoniana y la imposibilidad de convalidación de los actos jurídicos nulos, cit. pags. 67 a 73. - De los autores citados por Sainz-Ezquerria hemos podido consultar: Voci, Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto Romano, Milan 1936, pags. 78 y ss.; Ferrini, Teoria generale... cit. pag. 138-39, Licet... Atamen, (Note critiche ed esortative), en BIDR, 14 (1901) 220-21; Beseler, Miszellen, SZ 45 (1925) pag. 473, Roma nistische Studien, SZ 46 (1926) nota (1), pag. 90. No ha llegado a nuestras manos, Lambert, La règle catonienne, Paris 1925.

(27) Estamos con Sainz-Ezquerria, op. cit. pag. 68, en que el texto es esencialmente clásico, y que si, en todo caso, fue objeto de manipulación, ésta fue, como dice Ferrini en Licet... Atamen pag. 221 de poca entidad y referida más bien a la forma.

(28) Sic. Sainz-Ezquerria, op. cit. pag. 67

(29) Teoria generale... pag. 138. En nota (2) sostiene que en la decisión de Valente esta presente la influencia personal de Juliano, ya que a pesar de que Valente era un poco más viejo que Juliano, muchas veces no hace más que desarrollar ideas de su insigne contemporáneo.

(30) La règle catonienne, pag. 162 (citado por Sainz-Ezquerria)

(31) Teoria dell'acquisto..., pags. 80-81

No convence a Sainza-Ezquerria esta conclusión de Voci pues para él elude la raíz de la cuestión ya que sigue siendo válida la misma objeción puesto que nos hallamos en un supuesto en el que si inmediatamente después de la confección del testamento muriese el testador el legado sería inútil, y, sin embargo, la jurisprudencia clásica no lo anula invocando la r. C.

Nos llama la atención en todo este problema expuesto el que ninguno de los autores que lo tratan hayan tenido en cuenta la procedencia del texto. El fragmento fue seleccionado por los compiladores del libro II de Quaestiones de Paulo pero en él se recoge una opinión de Valente que sin duda procedía de la monografía de este jurista sobre los fideicomisos. Es un dato que creemos debe tenerse en cuenta y que se ha pasado por alto. ¿No sería posible, como señalábamos al principio, que el legado que tantos quebraderos de cabeza ha proporcionado a los estudiosos de este fragmento fuese un fideicomiso? Es cierto que en el fragmento para nada aparece la palabra fideicomissum y que por el contrario son frecuentes expresiones como legari causa y legatum, pero también es verdad que la impresión que vamos obteniendo tras la lectura de los fragmentos de los libri que estamos estudiando es la de que todos los juristas autores de monografías sobre fideicomisos no tuvieron inconveniente en utilizar el verbo legare, en cualquiera de sus formas, para referirse al hecho de disponer por fideicomiso. Naturalmente eran conscientes del alcance técnico estricto del sustantivo legatum, pero ello no impedía para utilizar también esas expresiones en su valor no técnico para referirse a otras disposiciones mortis causa que si no eran los legata del ius civile guardaban con estos muchos puntos de contacto. Debemos considerar además que legare era una palabra usual empleada comúnmente fuera del círculo de los juristas con el sentido genérico de encargar algo a alguien, y que estos, es decir los juristas, eran, como es sabido, muy permeables al habla común. Junto a este hecho pudo también quizá jugar el deseo de apoyar la creciente importancia de los fideicomisos haciendo ver a través del léxico la proximidad que guardaban éstos con la venerable figura de los legata. Parece pues que la afirmación de Schulz (32) según la cual siempre que en un texto haya una al-

( 32 ) Schulz, Classical roman law, 550.

sión a un fideicommissum a través de los términos legare y legatum, ese texto está interpolado, es demasiado tajante (33), más si tenemos en cuenta un texto que estimamos fundamental a este respecto y que en el Index no aparece como sospechoso de interpolación. Es D. 32.87, Paulo 4 ad legem Iuliam et Papiam: Et fideicommissum et mortis causa donatio - appellatione legati continetur, que confirma nuestras sospechas sobre la polivalencia de legatum, legare.

Parece mejor pensar que si bien los compiladores no fueron enteramente fieles a los materiales recibidos tampoco procedieron en este caso, como venimos repitiendo a lo largo de este trabajo, a realizar en ellos retoques profundos sino a culinar un proceso de unificación que había ya alcanzado en la época clásica un alto grado de madurez. Lo más probable es que acortaran textos demasiado largos donde los juristas clásicos establecieran similitudes o marcaran diferencias entre la solución dada para los legados y la ofrecida tratándose de fideicomisos.

Nuestra postura sobre D. 31.82,2 es que se debe tener en cuenta al enfrentarnos con él estas consideraciones. ¿Sería un texto tan problemático si en vez de referirse a un legatum, atendida la palabra en su sentido técnico, se refiriera a un fideicomiso? Si en el fragmento se está contemplando un fideicomiso ¿no se obviarían todas las dificultades que plantea por la no aplicación de la regula catoniana?

La posibilidad de que en el texto se haga referencia, encubierto bajo la palabra legatum, a una disposición fideicomisaria creemos que ha quedado demostrado con lo que antecede. Ahora bien ¿sería la regula catoniana también de aplicación para todo caso de fideicomisos, o la no aplicación en algunos casos concretos sería una de las posibles diferencias existentes entre nuestro fideicomiso y los vetustos legados? De darse este segundo supuesto, es lógico que los juristas que intervienen en el fragmento que estamos analizando no la apliquen al caso controvertido porque, sencillamente, no era de aplicación.

(33) Vid. a este respecto Kaser, Das römische Privatrecht, I, nota (5) pag. 750.



El siguiente fragmento, D. 33.1.25 (lib. II fideic.) dice: Filio familias, quod in potestate patris sit, in annos singulos denae dari novum

Este texto plantea menos problemas. En él se afirma la validez de un legado de dinero anual en favor de un filius mientras esté bajo la potestad de su padre. Cabe la posibilidad de que originariamente se refiriese a un fideicomiso, pero tanto en uno como en otro caso lo que queda claro es la validez de la disposición. El beneficiario de la misma es una persona in potestate, en este caso un hijo de familia, y la regla general del derecho Clásico es que todo lo que adquiere una persona in potestate revierte automáticamente al patrimonio del titular de la potestas. Por ello, el verdadero beneficiario de este legado -o fideicomiso- anual es el pater familias.

El fragmento parece genuino, aunque indudablemente debió ser desgajado de un texto más amplio donde verosimilmente se exponía en primer término el supuesto de hecho, es decir, el fideicomiso en favor del hijo de familia.

D. 32.10 (lib. II fideic.) es el fragmento que Lenel sitúa después del que acabamos de ver. Dice así: Si tibi et ei, qui ex tribus liberis meis in funus meus venerit, centum aureos legavero, non minuitur in tua persona legatum, si nemo venit.

Aquí se contempla un legado -o fideicomiso- modal de dinero. El causante lega 100 aureos (34) para uno y para aquél de sus tres hijos que vaya a sus funerales. La carga modal es acudir al funeral del causante, carga que a nuestro modo de ver solo afecta a los hijos del mismo. Si ninguno de los hijos acude al funeral, la solución del jurista es que no se disminuye el legado para la persona a la que no afectaba la carga modal.

(34) Lenel estima que originariamente en vez de centum aureos Valente habría escrito HS C (Centortium centum milia) Vid. l'al. II, col. 1.204, nota (1).

Posiblemente, como ya hemos apuntado, el fragmento haya sido ligeramente retocado y quizá también haya sido acortado, y tampoco es imposible pensar que sea este uno de los textos en los que legari y legatum están utilizados en sentido no técnico, es decir que Valente se puede estar refiriendo a un fideicomiso sin necesidad de utilizar el término preciso de fideicommissum.

En la Palingenesia Leneliana sigue a este fragmento D. 32.94: (lib. II fideic.) : Is, qui complures liberos relinquebat, tribus ex his summa legaverat et petierat, ut curarent, ne de nomine suo exiret, quarebatur, ex tribus qui prius moriebatur utrum utrique vel alteri ex his qui sibi in legato coniuncti essent, relinquere partem suam deberet, an possit vel alii conliberto suo eam relinquere, placuit, et si voluntatis quaestio esset, utrum illum facturum et si alii reliquisset, quod si nulli dedisset, occupantis an omnium conlibertorum et non eorum tantum, quibus pariter legatum esset, petitio fideicommissi esset, dubitabatur et Iulianus recte omnibus debere putavit.

En este fragmento algunos romanistas encuentran una de las primeras fórmulas de constitución del fideicomiso de familia, al menos entre los juristas. (35) Se refieren al ne de nomine suo exiret, que evidentemente es una fórmula utilizada cuando se quieren vincular unos bienes a un determinado nomen.

Estamos de acuerdo con la interpretación que de este fragmento hace Torrent en cuanto a que la cláusula ne de nomine suo exiret funciona como límite impuesto por el testador, límite que, a nuestro parecer, alcanza a todos los libertos que vivieran en ese momento; es decir, muerto uno de los conlibertos beneficiados podía, como dice Torrent, dejar su parte al otro colegatario o a ambos colegatarios, pero también podía dejarlo a otro conliberto no incluido en el primitivo legado. Si no hu-

(35) Torrent, Fideicommissum familiae relictum, págs. 20 y ss. También Di Falvo, en Il legato rodale in diritto Romano, Camerino, 1973, nota (32), pág. 121, ve claramente en este fragmento un fideicomiso familiar atendiendo a las palabras adoptadas por el testador.

biera hecho el fallecido disposición en favor de ninguno, Juliano resuelve la cuestión de quien puede pedirlo en el sentido de que pueden hacerlo todos los libertos, tanto los colegatarios como los no beneficiados en la primera disposición. Como dice Torrent, pueden pedirlo todos los que entren en el nomen familiare, ya que estos son los beneficiarios, los sustitutos fideicomisarios queridos por el testador para que el fundo no saliese de quo nomine. Pero creemos que para evitar una vinculación perpetua, los libertos que se pueden incluir aquí en el nomen familiare son los que vivían en el momento de la muerte del testador y que una vez desconocidos éstos se produce una desvinculación del fundo quedando en libertad los herederos de los mismos para disponer como les convenga (36).

- (36) No estamos de acuerdo sin embargo con Torrent, aparte de apreciar lo que creemos un error, en cuanto a la ubicación de este fragmento en la Palingenesia de Lenel. Transcribimos a Torrent: Lenel (13) \* (Lenel, Pal., I, c. 419, fr. 548) coloca este fragmento de Valente bajo la rúbrica de fideicommissa propia del libro XXXIX - digestorum de Juliano, inserción que me parece acertada, en el fondo uno más de los numerosísimos fragmentos de otros juristas en los que con frase de Lenel Julianus laudatur non indicato libro (14). Sin embargo, el propio Lenel (15) - (Lenel, Pal., 2, c. 1204) frag. 10) el libro II de fideic de Valente lo sitúa bajo la rúbrica de singulis rebus per fideicommissum relictis, quizá en este caso más ajustada esta rúbrica al texto que el genérico de fideic. del libro correspondiente juliano. (Fideicommissum Familiare Relictum, pag. 22) En primer lugar nos ha sido imposible localizar este fragmento de Valente, no ya solo en el libro XXXIX Digestorum de Juliano, sino a lo largo de todos los Digesta de este jurista. Incluso Lenel omite su cita en el lugar en que recoge los fragmentos donde Juliano laudatur non indicato libro. Pero la nel rectificó, y en Addenda nos dice que en la col. 421 post. fr. 554 ins. 554<sup>a</sup> que sería D. 32.94, Valens 2 fideic. El fr. 554 corresponde a Paulo 1 fideic y en él también se menciona a Juliano. Sin embargo en Pal., I, col. 419, fr. 548 que es en donde Torrent sitúa D. 32.94 aparece sí un fragmento de Valente, pero que corresponde al libro VI de fideic y en el Digesto se encuentra en 4.4. 33. Además, D. 4.4.33 es el único fragmento de Valente que, salvo la inclusión por medio de Addenda de D. 32.94, se recoge en la reconstrucción Leneliana de los Digesta de Juliano. Este es el error que creemos apreciar y del que antes hemos hablado.

En cuanto a la rúbrica de singulis rebus... creemos que si bien es adecuada para otros fragmentos que se contienen bajo ella, no es la más idónea para el que estamos tratando. Ahora bien, pensamos que Lenel no tendría en ocasiones más remedio que incluir bajo ciertas rúbricas fragmentos que no se correspondiesen exactamente con el enunciado, so pena de subdividir los libros en infinidad de apartados. Por ellos es comprensible el que, como en este caso -

El fragmento puede considerarse como no alterado, aunque Donatuti - (37) estima que los compiladores añadieron una parte, et voluntatis questio esset, tratando de afianzar la primacía de la voluntad del testador frente a las palabras que aparecen en el testamento.

El libro II finaliza, y también el apartado dedicado a de singulis rebus per fideicommissum relictis con el fragmento recogido en D.50.8,6 (lib. II fideic.): Legatum municipium pecuniam in aliam rem quam defungtus voluit convertere ultra principis auctoritatem non licet, et ideo - si unum opus fieri iusserit, quod Falcidia lege interventu fieri non potest, permittitur summae, quae eo nomine debetur, in id, quod maxime - necessarium rei publicae videatur, convertere: sive plures summae in - plura opera legantur et lege Falcidiae interventu in quod relinquitur omnium operum extractioni non sufficit, permittitur in unum opus quod - civitas velit, erogari, sed municipio pecuniam legatam, ut ex redditu - eius venatio aut spectacula edantur, senatus in eas causas erogari vetuit: et pecuniam eo legatam in id, quod maxime necessarium municipibus videatur, conferre permittitur, ut in eo munificentia eius qui legavit inscriptione notetur.

Hace referencia a un legado (¿fideicomiso?) de dinero a una ciudad - con indicación por parte del disponente de como ha de invertirse. Del texto se desprende la obediencia a la disposición del testador. Parece deducirse que se trata de un legado o fideicomiso a favor de una ciudad sub modo. En el fragmento se contemplan dos supuestos de legado o fideicomiso (38) modal. En el primer supuesto la imposición consiste en la

(Continuación nota 36) incluya bajo esta rúbrica el fragmento que, aun que trate de una cosa singular dejada por fideicomiso, el problema que se plantea y discute es de muy diferente carácter.

(37) Donatuti, Del regime dei verba al regime della voluntas, en BDR, 34 (1925), pag. 210.

(38) No es de extrañar que se contemplase en el fragmento un fideicomiso entre otras razones, porque una de las finalidades para las que se utilizó este instituto fue para hacer liberalidades a las ciudades. Vid. en este sentido García Garrido, Derecho Privado Romano, I, Madrid, 1979, pag. 584.

realización de una obra determinada, aunque no se dice que clase de obra, y en el segundo el modo consiste en la celebración de cacerías y espectáculos. En este último supuesto el cumplimiento del modo se efectuaría solamente con las rentas del legado o fideicomiso del cual es beneficiaria la ciudad (39).

Estos dos supuestos vienen precedidos por un principio general de respeto a la voluntad del difunto: Legatum municipio pecuniam in alias res quam defunctus voluit convertere... non licet.

Pero en el primer supuesto se aborda el problema de que no puede llevarse a cabo lo que el difunto quería porque al sufrir el legado o fideicomiso la deducción de la cuarta Falcidia (o Pegasiana), no hay capital suficiente para su realización; también se aborda el problema de un legado para la realización de varias obras que por la reducción aludida no es suficiente para la realización de todas. (40). En el primer caso, y debemos suponer que con autorización del príncipe -citra principis - auctoritates-, se conmutaría el deseo del causante invirtiendo la cantidad en lo que pareciese más necesario para la ciudad, y en el segundo caso, también con la autorización del príncipe, se aplicaría en aquella obra que la ciudad prefiriese.

En el segundo supuesto se opera la conversión del modo impuesto por el causante porque un SC prohíbe que se gaste en ese fin y permite emplear esa cantidad en lo que parezca más necesario a los municipales, haciendo constar la generosidad del que hizo el legado (o fideicomiso) en una inscripción.

(39) Así lo ve también Di Salvo, Il legato modale..., nota (193) pag. 155 y nota (186) pag. 154, pag. 261-62, nota (218).

(40) Di Salvo en Il legato modale..., pag. 163 dice que era característico en las cargas relativas a obras públicas su sometimiento a la ley Falcidia que los juristas, en ausencia de una posibilidad de naturaleza técnica para excluirla, deben considerar como un presupuesto, pero que los emperadores severianos que bien pudieron eximir a estos legados del límite legal, lo reforzaron en cambio entusiastamente. Por tanto en la época de Valente, como en las posteriores, se deben tener presentes en estos casos las deducciones de la ley Falcidia.

El contenido de este fragmento ha sido cuestionado por diferentes autores y ha dado lugar a no pocos comentarios entre los romanistas (41). El problema discutido es el de la convertibilidad o inconvertibilidad del modo impuesto sobre un legado o fideicomiso.

La postura más radical la mantuvo Messina Vitrano que, apoyándose en un principio en las sospechas de Beseler y ofreciendo sus propios argumentos, puso en duda el contenido y la genuinidad del texto, proponiendo la siguiente reconstrucción: Legatus municipio pecuniam in aliam rem quam defunctus voluit convertere (sive principis auctoritate Trib.) non licet, et ideo si (unum Trib.) opus fieri iusserit, quod Falcidia legis interventus fieri non potest, non permittitur summa, quae eo nomine debetur (in id. quod maxime necessarium rei publicae videatur Trib.) in aliam rem convertere (sive plures summae in plura opera legantur et legis Falcidia interventus in quod relinquitur omnium operum extractioni non sufficit, permittitur in unum opus, quod civitas velit, sive Trib.) sed municipio pecuniam legatam, ut ex redditu eius venatio aut spectacula edantur, senatus (in eam causam erogari rebus et pecuniam eo legatus Trib.) in id. quod maxime necessarium municipiis videatur, conferre permittit (ut, ut in eo municipiis alius qui legavit inscriptione notetur, Trib.)

En base a esta reconstrucción Valente enseñaría en el fragmento que el modo erigido sobre un legado a favor de un municipio es inconvertible que la conversión se permite por un SC y solo in quod maxime necessarium municipiis videatur, donde la carga tenía por objeto la celebración de cacerías y espectáculos. Con las manipulaciones tribonianas, según Messina Vitrano, los justinianos sobrepusieron al régimen expuesto por -

(41) Entre otros, Di Salvo, Il legato modale..., págs. 165 y 166 y nota (230) pag. 266. Grosso, I legati nel Diritto Romano, I Torino 1962, págs. 472-73; Giuffrè, L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in Diritto Romano, Napoles, 1965, págs. 350 y ss.; Beseler, Beiträge..., II pag. 49, y Romanistische Studien en TR, 10 (1930) pag. 199; Messina Vitrano, La convertibilità del modo eretto su legato o fideicomiso nel Diritto Romano classico e giustiniano, en Studi Riccobono III, pag. 99 y ss.; Biondi, Successione testamentaria..., págs. 573-74; Bonini, I libri cognitionibus di Callistrato, Milano, 1964, nota (59), pag. 73.

Valente el ayo, que sería como sigue: -el modo erigido sobre un legado a favor de un ente colectivo es transformable con la autorización imperial; -si por la intervención de la Falcidia la suma legada para la construcción de la obra querida por el testador llega a ser insuficiente, está permitido gastar lo que quede en lo que parezca de máxima utilidad para la comunidad; -si son muchas las obras designadas por el disponente y la suma, reducida por la Falcidia, insuficiente para la realización de todas, puede ser gastada entre aquella de las obras que elija el municipio; -finalmente, si el modo está dirigido a la celebración de cacerías o espectáculos, el emolumento del legado debe gastarse en lo que parezca de máxima necesidad para la comunidad, y el acto de munificencia del disponente debe ser recordado por una inscripción ( 42).

Además, según el criterio de Messina Vitrano, después de Aburnio Valente, el principio de la inconvertibilidad se encuentra en un fragmento de Ulpiano y con un campo de aplicación más amplio, estando referido tanto al legado como al fideicomiso modal en favor de un ente colectivo. El fragmento es D.50.8.1 (Ulpiano 10 *Disput.*): Quod ad eorum species civitatis (civitatis ead.) relinquitur, in alios usus convertere non licet, y en su opinión es análogo en la forma a la primera proposición del texto, según él, original, de Valente (43). La vigencia del dogma de la inconvertibilidad del modo la retrotrae este romanista al tiempo de Tiberio basándose en una noticia que nos proporciona Suetonio, Tib. 31: Iterum concesso, ut Trahianis legatum in opus novi theatri pecuniam ad munitionem vias transferre cecederetur, obtinere non potuit, quin rata voluntas legataria esset.

( 42) La convertibilidad del modo..., page. 107 y 108. Postura opuesta a ésta es la mantenida por Bonifacio, en ipotesi di competenza del Senato in tema di conver. di opere, 1948 page. 5 y es., citado por Giuffrè en L'utilizzazione..., page. 353-354. Para Bonifacio la convertibilidad era la regla clásica, pero bien pronto, cuando el fenómeno llegó a tener una extensa aplicación, el estado debió intervenir para suprimir los abusos y someter a un control la transferencia de los patrimonios para usos diferentes a aquellos queridos por los disponentes.

( 43) La convertibilidad del modo..., pag. 108

Este es, sintetizado, el pensamiento de Messina Vittraro sobre nuestro fragmento y el problema jurídico que en él se aborda. Y no podemos estar de acuerdo con él. Nos parecen muy acertadas las críticas y correcciones que le hace Grosso aunque creamos que incluso el Citra principis auctoritatem puede ser clásico (44). El principio expuesto por Ulpiano en D. 50.8.1, expresaría la regla general, pero una regla general - que podía tener sus excepciones, algunas de las cuales Valente recoge - y analiza en su fragmento. A estas excepciones hace referencia Biondi (45), y creamos que implícitamente también Voci (46) cuando afirma la convertibilidad del modo dispuesto para la consecución de un fin de utilidad pública, admitiendo que esta convertibilidad fue objeto de un desarrollo del cual nos son desconocidos los particulares.

En cuanto a la competencia del princeps para intervenir en estos asuntos, estamos de acuerdo con Di Salvo (47) en que ésta existió. Tal poco entendemos como Grosso después de admitir que en la época de Adriano o bajo los Antoninos y los Severos "ci si rivolgesse sens'altro al Principe, pote va rientrare nello sviluppo delle cose", mantenga que - el citra principis auctoritatem pueda ser espúrio (48). Es presumible como mantiene Di Salvo, que ciertas ciudades pudiesen dirigirse al príncipe salvando la competencia del Senado (49), y entonces la afirmación de Valente entraría en el campo de lo posible. Tampoco tenemos que olvidar, el particular ángulo visual bajo el cual el príncipe era visto en las provincias, especialmente en las orientales (50).

(44) Grosso, en I. legati..., pag. 473 afirma que la transformación del texto es injustificada. No excluye que el citra principis auctoritatem pueda ser espúrio como ya había sostenido Beseler y que Valente haya podido partir de la premisa general de que el dinero legado a un municipio no podía ser convertido in aliam rem (Ulp. D. 50.8.1), pero que los ejemplos que siguen son clásicos.

(45) Succ. testamentaria..., pag. 108

(46) Diritto ereditario..., II, 2, nota (18) pag. 624

(47) Il legato modale..., nota (230) pag. 166

(48) Vid. nota (44)

(49) Se refiere Di Salvo al reconocimiento a ciudades peregrinas de la capacidad para adquirir legados llevada a cabo por Nerva y por Adriano. Ulp. XXIV, 28: Civitatis omnibus, quas sub imperio populi Romani sunt, legati potestati idque a divo Nerva introductum, postea a senatu auctore Adriano diligentius constitutum est.



Lo que resulta dudoso en el fragmento de Valente es la prohibición de cacerías y espectáculos por medio de un SC, precisamente en la época de este jurista en la que tales manifestaciones eran consideradas - como normales.

Di Salvo nos dice que esta prohibición general está en contradicción con numerosos fragmentos de juristas posteriores, y que la misma se enquadra mejor dentro del marco de la legislación romano-cristiana (51).

Hay que admitir por tanto la manipulación del texto en este caso concreto (52) pero sin el alcance que a la misma da Messina Vittrano, llegando a la conclusión de que el Senado no habría sancionado una prohibición, sino solamente permitido la conversión del modus consistente - en una venatio o en spectacula, in id quod maxime necessarium munici-  
piis videatur (53).

Nuestra postura en cuanto a la convertibilidad del modo con respecto a este fragmento es similar a la mantenida por Biondi, pues creemos que ésta satisface todas las dudas que el texto plantea. En resumen viene - a ser así: -La conversión se admite solo en casos de legados a favor de entes públicos o cuando la carga se dirija a un fin público. -Solo puede tener lugar en el caso de que el disponente no haya previsto el supuesto de inejecución. -Se admite la conversión, cuando el objeto sea - lícito y posible, al fin de destinar al legado para un fin de utilidad pública. -La conversión se opera de suerte que sea siempre recordado el nombre y la munificencia del disponente (54).

(50) Vid. De Martino, Storia della costituzione Romana, Napoles 1962 - 4.1.236, en quien se apoya Di Salvo.

(51) Il legato modale... nota (299) pag. 165. Los textos aducidos son D.30.122, pr. (Paulo 3 Reg.); D.33.1.21,3 (Scaev. 21 Dig.), D.33.2.17 (Scaev. 3 Regg.) y D.33.2.16 (Mod. 9 Regg.) que presuman la validez de tales espectáculos, salvo alguna prohibición particular como la considerada en el texto de Modestino. Para el encuadramiento de este tipo de prohibiciones en la legislación romano-cristiana, nos remite a Biondi, Il diritto romano cristiano, Milán 1952, II, pag. 279 y ss.

(52) Hemos intentado localizar en los elencos de SC al uso éste al que nos referimos, y no nos ha sido posible.

(53) Il legato modale..., nota (229) in fine, pag. 166.

(54) Succ. Testamentaria... pag. 574.

Por otra parte, en nuestra opinión, este texto no parece sino el comienzo de una exposición donde después de manifestar lo que ocurría con los legados se pasaría a explicar la suerte de un fideicomiso de igual contenido y finalidad. Si la solución dada por el jurista clásico para los fideicomisos no difería notablemente de la que se exponía respecto de los legados (y quizá con más razón si difería) no puede extrañarnos que los comisionados justinianos eliminasen la parte posterior dejando solo la primera, con lo cual obedecían el propósito imperial tan claramente mostrado por Justiniano en sus Instituciones (II, 20,3) y en su Código (6.43.2).

Evidentemente la acción de los compiladores pudo ejercerse también sobre los textos impulsados por móviles distintos que los de procurar una fusión de legados y fideicomisos. No es imposible, como hemos apuntado, la alteración final de este texto para hacer ver una prohibición del Senado lo que originariamente no sería más que una concesión al municipio para que obrara discrecionalmente.

Con este fragmento Valente finaliza el apartado De singulis rebus per fideicommissum relicta y de su examen hemos obtenido las siguientes impresiones:

- Valente no habla siempre de fideicomisos. Con frecuencia se refiere a legados. ¿Sería esta la redacción originaria? Ya hemos dicho que en algunos casos posiblemente fuera así y que Valente, como otros juristas, no tuvieron inconveniente en utilizar el verbo legare en cualquiera de sus formas para referirse al hecho de disponer por fideicomiso.
- Las cosas legadas (o que son objeto de fideicomiso) son varias: dinero (las más de las veces), fincas, alimentos. Sólo en una ocasión el fideicomiso excede de esta materialidad y es el caso de la enseñanza de un oficio a un esclavo.
- Pero lo que parece preocupar a Valente no son los objetos en sí, sino las peculiaridades que pueden darse en el cumplimiento del fideicomiso atendiendo a la voluntad del disponente, intentando el jurista, a nuestro modo de ver, salvar en la mayoría de los casos la validez del fideicomiso.

### B) Los textos de Meciano.

Acceptando la ordenación Leneliana, la primera rúbrica del libro II - Quest. de fideicommissis de Meciano podría también ser de singulis rebus per fideicommissum relictis. Lenel situó como primer fragmento de este apartado un párrafo perteneciente a Ulpiano 2 fideic. en el que se recoge una opinión de Meciano, y que en el Digesto se encuentra en el libro 32, fragmento 11, párrafo 15: Si heres rogatus sit certam summam pecunia certis fidei committi dare, utile est fideicommissum: sed Mecianus putat non alias cogendum credere, quam idoneis et cautis: sed cum pecunia vix sum, ut rursus cautionem non exigenda.

Aquí el encargo que recibe el heredero es el de prestar dinero a cierto tipo de interés, y por lo expuesto en el fragmento un fideicomiso de este tipo es válido. Como hemos dicho, Ulpiano cita a Meciano pero no como podríamos pensar para confirmar su argumento con la opinión de este jurista, sino más bien para todo lo contrario, es decir, para contrardecirle. Ambos juristas están de acuerdo en que un fideicomiso de las características del que hemos señalado es válido, pero difieren en los detalles. Para Meciano solo se puede obligar al heredero a que preste ese dinero si se le da caución suficiente, garantía de que va a ser reintegrado por el mutuario (que en este caso sería el fideicomisario). Ulpiano, por el contrario, opina que no se debe exigir caución al que recibe el préstamo en estas circunstancias.

En nuestra opinión es más acertada la posición de Ulpiano según lo que podemos apreciar de la disposición fideicomisaria. Se podría pensar incluso que la liberalidad que acarrea el fideicomiso era precisamente esa, la ausencia de la caución, puesto que de otro modo no alcanzamos a ver en esta disposición ninguna ventaja para el fideicomisario, que si bien va a recibir un préstamo, también es verdad que por los mecanismos usuales deberá pactar con el heredero fiduciario un determinado interés marcado por el causante (55). También podríamos pensar que o los demás juristas autores de monografías sobre fideicomisos no se planteg

(55) Quizás la ventaja que llevase consigo el fideicomiso pudiese ser también un interés en el préstamo, más bajo del normal.

ron casos similares a este, o que si se lo plantearon llegaron a soluciones contrarias a la de Meciano y por lo tanto de acuerdo con Ulpiano - puesto que este último solo recoge la opinión de Meciano como contraria a la que él nos expone.

Sobre la genuinidad del texto no recae ninguna sospecha y estimamos que puede considerarse como no alterado.

En resumen, en el fragmento se afirma la validez, la eficacia de un fideicomiso consistente en un préstamo de dinero a un determinado interés.

El fragmento siguiente D. 32.13 (lib. II fideic.) dice así: Si singulorum erit testator: 'Heres meus illi fundum datus. Sicut hoc amplius decem', non erit dubitandum, quin Sicut et fundi partem et decem ex testamento parcipere debeat.

El texto, a nuestro modo de ver, contempla el legado de un fundo a varios colegatarios (dos, por lo menos) y un suplemento consistente en una suma de dinero para uno de los colegatarios. Meciano parece que se está planteando la interpretación de la disposición de un legado y el alcance y la validez del mismo. La validez parece que no ofrece dudas, en cambio el alcance de la disposición es lo que hace que Meciano de su opinión al respecto. Según Meciano, Suyo, en este caso, además de recibir como colegatario una parte del fundo (compartido con el otro u otros colegatarios), recibirá un suplemento en dinero. Incluye pues Meciano a Suyo entre los colegatarios del fundo, con lo cual resuelve la cuestión que debió plantearse puesto que la duda, evidentemente, estaría en saber si a Suyo le correspondía, a más de la cantidad de dinero, parte del fundo legado ( 56).

Para nosotros el texto es substancialmente clásico, pero creemos que incompleto. Seguramente tendría que ir seguido o precedido de una refe-

( 56) Voci, Diritto ereditario... II, 2 pags. 249-50, pone este texto como ejemplo de una figura especial de repetitio legati, la intraducida por la cláusula hoc amplius

tencia a lo que ocurría con un fideicomiso expresado en iguales o análogos términos ya que solo de esta forma está justificada su inclusión en una monografía sobre fideicomisos.

D. 32.15 (lib. II fideic.) es el fragmento que aparece a continuación Hae res testatoris legatae quae in profundum esse dicuntur, quandoque -  
aperuerit, praestantur.

Hace referencia a cosas legadas (¿o fideicomitidas?) que están en lugar desconocido. La solución del jurista es que estas cosas se entregarán cuando aparezcan, dando por supuesto que el legado (¿o fideicomiso?) es válido.

No plantea más problemas el texto puesto que parece genuino y no hay muestra alguna de una posible alteración o manipulación. Ahora bien, e el texto fue mutilado en la parte correspondiente al tratamiento de los fideicomis-os o, y es lo que creemos más acertado, es muy posible que - Meciano emplease aquí la expresión res legatae sin rigor técnico y como sinónimo de res relictae, con lo que incluso el texto podría no haber sido alterado.

En la reconstrucción de Lenel se nos ofrece a continuación D.32.17,- (lib. II fideic.), cuyo principium dice: Etiam ea quae futura sunt lega-  
ri possunt, ut insula vel in mare vel in fluminibus castra.

También aquí se declara la validez del legado (¿o fideicomiso?) que recae sobre cosas futuras, como la isla que emerja en el mar o en los ríos. Lo mismo que en el fragmento anterior, e bien ha habido una mutilación de la parte correspondiente al tratamiento de los fideicomisos, e cuando Meciano dice legari possunt no está refiriéndose al legare en sentido técnico, sino al legare que abarca también al fideicomiso. Nos inclinamos por esta segunda posibilidad teniendo en cuenta que lo que - Meciano dice este párrafo es aplicable tanto a los legados como a los fideicomisos, y que con ese uso del legare (57) solucionaba la cuestión

(57) Confirmado como ya hemos dicho para la época clásica por D.32.87, Paulo 4 ad legem Iuliam et Papiam.

plantada -posibilidad de que las cosas futuras fuesen objeto de legado y fideicomiso-, con una sola aseveración ( 58).

El párrafo 1º es como sigue: Servitus quoque servo praedium habenti recte legatur. ( 59).

El legado (¿o fideicomiso?) consiste en este caso en una servidumbre predial a favor de quien tiene el predio que según el texto es un servus. ¿Cómo podemos explicar que un esclavo aparezca como praedium habens? - Una solución que se nos ocurre es que Meciano se esté refiriendo a un -esclavo que tuviese el predio en calidad de peculio. Lo que es indudable es que este pasaje tuvo que tener un desarrollo más amplio en el que Meciano siguiese tratando este problema y que este desarrollo fue omitido por los compiladores. También creemos que aquí el recte legatur no - está utilizado en un sentido técnico y hace referencia tanto al legado como al fideicomiso. No nos imaginamos en época de Meciano a un esclavo beneficiario directo de un legado, instituído vetusto y riguroso. Pero es cierto que como persona in potestate podía recibir legados cuyo beneficiario era el dominus, y aunque se adecúa más al espíritu del fideicomiso esta posibilidad, es decir, que el esclavo administrador de un peculio aparezca como beneficiario de un fideicomiso cuyo objeto consiste en algo relacionado directamente con el peculio, no olvidamos que, a pesar de todo, el esclavo sigue siendo una persona in potestate y que en último extremo el que recibe el beneficio del legado o del fideicomiso es el dominus, único titular de la propiedad de los bienes que constituyen ese peculio (60), lo que hace que no sea imposible que Meciano -

(58) Tenemos, por supuesto, presente la existencia de la Regula Catoniana y la atemperación de sus efectos llevada a cabo por el senado-consulto Heroniano. Mediante el legado per damnationem era posible legar cosas futuras. Vid. a este respecto Gayo, II, 196-197 y 203.

(59) En la versión castellana del Digesto llevada a cabo por los profesores D'Ors, Hernández-Tejero, etc., llaman la atención con respecto a este párrafo dos cosas: 1º: El párrafo está suprimido con lo cual nos presentan un fragmento sin división alguna. 2º: El traductor elude el servus con lo cual evita el problema que se plantea (al que) ya tiene la propiedad de un predio (vecino).

(60) Vid. Arias Ramos, Derecho Romano cit., pag. 64.

con su resita legatur se esté refiriendo indistintamente al legado y al fideicomiso. Todo esto en el supuesto de que Meciano haga alusión en el texto a un esclavo al frente de un peculio uno de cuyos bienes integrantes fuese un fundo y al que por medio de un fideicomiso o un legado se deja una servidumbre, extremos que dada la mutilación del fragmento a - que nos hemos referido, no podemos asegurar.

Ulpiano cita a Meciano en el libro XVII ad Sabinum, texto recogido - en D. 7.4.3, pr., título dedicado a quibus modis usus fructus vel usus constituitur. De este fragmento Lenel solamente seleccionó una pequeña parte que situó en este lugar de la monografía de Meciano: ... translatum est. si qui quando vivat usus fructus legatus sit. an videatur repetitus. quotiens annuus est? quod et Macerianus temerari et ruto repetitus videri.

La cita que Ulpiano hace de Meciano es a propósito de un usufructo legado y su validez por tiempos discontinuos. El tema estudiado por Ulpiano en el texto es la duración de un usufructo constituido mediante legado. Es posible que Meciano en su obra tratase de esta cuestión según fuese constituido el usufructo (bien por medio de un legado real, o por un legado obligacional, o por un fideicomiso), pero ya el mismo Ulpiano cuando recogió la cita de Meciano, ya manos postclásicas, ya los compiladores cuando seleccionaron el texto Ulpiano, simplificaron el dictamen que Meciano había elaborado.

Pensamos, que este fragmento es substancialmente clásico, pero, como sucede en otros anteriores, incompleto, aunque aquí cabe incluso la posibilidad de que la mutilación del argumento de Meciano no se deba a una intervención tardía, sino al propio Ulpiano que recogió la cita.

En el fragmento siguiente es Paulo en su libro IV ad Plautium quien cita a Meciano. El texto está recogido en D. 8.3 de servitutibus praediorum rusticorum, 6,1: Item (61) longe recedit ab usu fructu ius calcis coquendae et lapidis eximendi et herbarum fodiendarum aedificandi eius gratia quod in fundo est. item silvas caeduae. ut pedamenta in vineas non

( 61) Lenel, en Pal. I, col. 576, fr. 11, suprime el item. Coniensa: - ... longe recedit ab usu fructu....

desint, quid ergo si praediorum meliorem causam haec faciant? non est -  
dubitandum, quin servitutes sint: et hoc et Maecianus probat in tantum,  
ut et talem servitutes constitui posse putet, ut turgurium mihi habere -  
liceret in tua, scilicet si habeam nasui servitutes aut pecoris appe-  
llendi, ut, si hiemps ingruerit, habeam quo me recipiant.

En el texto se habla de constitución de servidumbres, pero no se hace ninguna referencia expresa a legados o fideicomisos. Cabría pensar que Meciano no estaba tratando aquí de ningún asunto relacionado con los fideicomisos. Por lo menos eso es lo que se deduce del texto a no ser que conjeturemos que el punto de partida era un fideicomiso para que se constituyera una servidumbre. Pero también podríamos pensar que la cita que hizo Paulo no correspondía a ningún libro de la monografía de Meciano - sobre los fideicomisos, sino a alguna otra obra de las conocidas o de las que se han perdido. Ya Lenel incluyó este fragmento en el apartado en donde se recogen los lugares en que Maecianus laudatur non indicato libro. Quizás no estuvo acertado al identificar esta mención como parte neciente al libro II Quaestionum de fideicommissis. Hubiese sido preferible, a nuestro parecer, no haber incluido esta cita en ninguno de los libros conocidos de Meciano si es que efectivamente en ninguno encaja - (62), y limitarse a situar el fragmento en el apartado antes citado en el que Meciano laudatur non indicato libro haciéndonos ver que no había podido encajar el mismo en ningún lugar.

En cuanto a la genuinidad del texto muestra dudas sobre alguna parte Beseler (63) y en las ediciones del Digesto de Mommsen y Mommsen-Krueger se apunta la posibilidad de que el servitutis sint pudiese ser servitus sint o servitutis sint.

D. 32.95 (lib. II fideig.) es el fragmento situado a continuación. - Quisquis mihi heres erit, damnas esto dare fideique eius committo, uti

(62) Así parece ser dado los temas que son tratados en ellas, de iudiciis publicis y de lege Rhodia.

(63) Beitrage..., III, pag. 144: (longe recedit ab usu fructu) y (quid ergo si praediorum meliorem causam haec faciant).



det. quantas summas dictavero dedero. 'Aristo res quoque corporales contineri ait. ut praedia mancipia vestes argentum. quia et hoc verbum - 'quantas' non ad numeratas dumtaxat pecunias referri ex dotis relegatione et stipulationibus emptas hereditatis apparet et 'summas' appellatis similiter accipi deberet. ut in his argumentis quae relata essent ostenditur. voluntatem praeterea defuncti. quae maxime in fideicommissis valeretur. si sententiae suffragari neque enim post eam praefationem adiecturum testatorem fuisse res corporales. si dumtaxat pecunias numeratas praestari voluisset.

En el texto encontramos un fideicomiso más un legado per damnationem referentes a quantas summas dictavero dedero. Uno de los problemas que plantea es el de la interpretación de estas palabras testamentarias. - Meciano, siguiendo a Aristo a quien cita, cree que ha de aceptarse que el testador no solo pensaba en sumas de dinero sino también en otras cosas corporales como predios, esclavos, vestimenta, etc.

El texto no resulta muy fácil de entender quizás porque ha sido resumiendo eliminando algunas partes que los compiladores no estimaron necesarias. Se ve en todo caso una superposición legado-fideicomiso que hay que reputar como genuina (64), y es posible que haya que pensar en disposiciones posteriores del testador, esto es, en codicilos con atribuciones imprecisas a presuntos fideicomisarios, interpretables a la luz de la cláusula transcrita o bien en disposiciones posteriores dentro - del mismo testamento. Voci (65) ve en este texto un ejemplo de disposi-

(64) Así lo ve Kaser, que en Das Römische Privatrecht, nota (5), pag. 758, cita este texto como prueba de la yuxtaposición en la práctica de legados y fideicomisos.

(65) Diritto ereditario..., II, 1, 334. En nota (5) de esa pág. riporta algunos textos de similar contenido, así: D. 31.34,6 (Mod. 10 Responsorum), testamento de un tal Lucio Ticio; D. 32.40,1 (Severo. 21 Digestorum), Mavia y Sevo instituidos herederos con una cláusula general; D. 28.1.29,1 (Paulo 14 Responsorum), padre de familia que añade a su testamento estas palabras [αὐτὸν τὸν δαδῆναι καὶ βούλομαι εἶναι κληρονόμους]; y testamento de Longino Castor, en Fontes Iuris Romani Anteiustiniani III, pag. 149: "Ὁς εἰναι μου κληρονόμος γενήσεται οὗτος καὶ ὁ δαδὴς καὶ ὁ πατήρ μου". También nos habla Voci del régimen a seguir en caso de duplicidad de forma cuando las 2 utilizadas son válidas. Vid. págs. 334-335.

ción múltiple, encontrando en él una cláusula puesta al principio del testamento en virtud de la cual el testador establece la validez de todas las disposiciones, bien como legado per damnationem, bien como fideicomiso. Cláusula general que también ve en el mismo fragmento Grosso - ( 66).

En conclusión, en el texto se contiene una superposición legado fideicomiso que no debió ser muy extraña en esa época, y el fragmento, aparte los posibles resúmenes o síntesis llevados a cabo por los comisarios justinianos debemos reputarlo genuino.

A continuación Lenel situó D. 46.3.103 (lib. II fideic.): Cum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit. Julianus elegantissime putat ex ea causa cum solvisse videri debere. ex qua tunc. cum solvebat. compelli poterit ad solutionem.

En el texto se contempla una imputación de pago en caso de dinero debido ex pluribus causis. Meciano tampoco habla en este caso de fideicomisos y se limita a referir una opinión de Juliano a la que se adhirió - ( 67). La norma establecida es tan genérica que pudo tener aplicación a propósito de fideicomisos y hemos de suponer que el supuesto del que Meciano partiría sería el de un fideicomiso en el que se encomendaba al fiduciario el pago de una cantidad que ya debía. Por este camino creemos que se justificaría su encuadre en una monografía cuyo tema eran los fideicomisos.

Creemos, pues, que puede estimarse el fragmento como no alterado, que sustancialmente es clásico, pero que, como otros ya vistos, no está completo. En este caso Meciano trataría de este tema referido a algún -

( 66 ) I. Legati..., pag. 118-119.

( 67 ) Lenel situó este fragmento dentro de la obra de Juliano en el libro 54 Digestorum bajo la rúbrica de stipulationibus, 3, de solutionibus et liberationibus. Es posible que la opinión de Juliano se encontrase en un lugar como ese y que de ahí la sacase Meciano para aplicarla al caso concreto en que el problema se planteaba con respecto a un fideicomiso. Por otra parte, en Pal., I, col. 460, frag. 719, que es al que corresponde este que estamos viendo aparece (46.4)103, cuando en realidad es (46.3)103, pero este extremo lo corrige Lenel en el apartado Addenda et Emendanda.

problema planteado por un fideicomiso, pero esta parte fue suprimida por los comisionados justinianos, y de esta forma, privado de toda referencia al fideicomiso, lo incluyen en el libro 46 del Digesto en su título 3º dedicado a de solutionibus et liberationibus.

Bajo la rúbrica de condicionibus fideicommissorum Lenel nos ofrece - unos fragmentos en los que el jurista fijó su atención sobre problemas relacionados con aquellos fideicomisos que contenían una condición o situaciones en que la condición está presente por algún otro motivo.

El primero de ellos es D. 35.1.91 (lib. II fideic. ): Condicionum, - quae in futurum conferuntur, triplex natura est, ut quaedam ad id tempus, quo testator vivat, quaedam ad id, quod post mortem eius futurum sit, quaedam ad alterum pertineant, tempus autem vel certum vel infinitum comprehendatur: quae omnia non minus in fideicommissis quam in institutionibus ac legatis incidere solent: ut haec condicio 'Titius si mihi nuberit' non dubie nisi vivente testatore, illa autem 'si ad exequias funeria mei venerit' nisi post mortem impleri non possit, illa vero 'si filio meo nuberit' vel vivente vel mortuo testatore impleri possit, et prima quidem ac tertia ex relictis condicionibus infinitum tempus habent: quandoque enim nuberit, impletur condicio: secunda ad certum tempus adscripta est.

Aquí nos habla Meciano de las condiciones en general, para decirnos - que afectan por igual a institución (de heredero), a legados y a fideicomisos. Creemos que este texto representa un indicio de la extensión - que debió tener la monografía de Meciano, ya que muestra que no solo había en ella una desordenada serie casuística, sino que trataba también de temas generales, eso sí, relacionados siempre en alguna manera con - el fideicomiso. Nos demuestra también, como hemos venido diciendo, el tratamiento que muy posiblemente no solo Meciano, si no también los demás juristas autores de monografías sobre fideicomisos daban a esta materia. Meciano nos habla de la institución de heredero, de los legados y de los fideicomisos. En este caso, por supuesto, Meciano emplea legatis en su acepción específica y técnica. Ya en algunos fragmentos hemos apuntado que los compiladores mutilarían un tratamiento múltiple como - el que aquí se nos presenta, seleccionando la parte que más interés les

ofreciese en ese momento para la cuestión que trataban en concreto, lo que hace que a veces nos encontremos con textos que aparentemente no - tratan sobre nuestro instituto. Pero es, como decimos, apariencia, pues muy posiblemente en ellos se estudiaban conjuntamente, legados, fideicomisos, etc., sus equivalencias o sus diferencias.

Otro hecho que nos llama la atención es la rúbrica de condicionibus fideicommissorum bajo el que este texto y los que le siguen aparecen en la Palinogenia Leneliana. No creemos que esto nos deba llevar a pensar en divisiones menores sistemáticas dentro de este libro II de Meciano por lo que nosotros lo tratamos conjuntamente con el apartado anterior. Sin embargo comprendemos que Lenel propusiese e hiciese uno de ellas para dotar de coherencia a su reconstrucción.

En cuanto a la genuinidad, no nos parece en principio que el texto - está alterado y creemos que se puede sostener la elasticidad del mismo.

Segue D. 40.4.55 pr. (Lib. II fideic.): Libertate sub condicione data huc iam decursum est. ut si per statuliberum non stet, quominus conditioni pareat, quamvis ne per heredem quidem stet, tamen ad libertatem perveniat, quod credo responderi oportere et si per fideicommissum utique hereditaria servus libertas data fuerit.

El párrafo 1º es una continuación del planteamiento que se ha hecho en el principium: Non absurde et de heredis servus idem diciturº

Estos dos párrafos son claros y fáciles de interpretar. Contemplan - el caso de una manumisión testamentaria (el tit. 4 de D. 40. lleva por rúbrica de manumissionis testamento) bajo condición. Meciano nos dice que en los casos de manumisión bajo condición de esclavos del testador o - del heredero (y también en los casos de libertad fideicomisaria) debe darse la libertad cuando no dependa de los así manumitidos el cumplimiento de la condición. La intención de Meciano en este caso y en lo que - respecta al fideicomiso, es salvar la validez del mismo, procurar que - el fideicomiso sea eficaz.

El párrafo 2º: De his autem, quos redimendos habebit, non iuste dubitamus, siquidem eo casu incertum erit heredes perinde compelli debere redimere eos, atque si conditio impleta esset, quod forte dominus prohiberet conditio parere, ut et pretium perciperet et in condiciones non rogarer, resulta más difícil de interpretar. Parece decirse que el heredero fiduciario, cuando el esclavo es ajeno no está obligado a adquirirlo antes de saberse que ha cumplido la condición, pero la parte final - del párrafo no es fácil de entender. Sin embargo, del fragmento podríamos extraer la conclusión de que en él se subraya la analogía de regímenes entre el fideicomiso (libertad fideicomisaria) y otras disposiciones tendentes a la manumisión: ... quod credo responderi oportere et si per fideicommissum utique hereditaria servus libertas data fuerit.

Por la que respecta a la genuinidad del texto, Beseler (68) y Fik-Pringsheim (69) admiten que en el mismo se hacía referencia a una controversia en relación con la manumisión testamentaria bajo condición; - que la controversia fue cortada y se añadió huc iam decursum est para - dar entrada a la solución que se proponía. Es posible que esto fuera - así. También Grosso (70) considera alterado parte del principium y del párrafo primero.

Lenel finaliza su reconstrucción del libro II de Meciano con D.44.7. 31, fragmento que según el testimonio de los compiladores procedía de - esa parte segunda de la obra de este jurista: Non solum stipulationes - impossibili conditioni adjectas nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque contractus, veluti emptiones locationes, impossibili conditione interposita aequae nullius momenti sunt: quia in ea re, quae ex duorum - pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum procul dubio in huiusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil ari existiment adno- - sita ea condicione, quam sciunt esse impossibilem.

(68) Beitrage..., 2, pag. 94; Miscellen, en SZ 47 (1927) pag. 359.

(69) Miscellen, en SZ 42 (1921) nota (2), pag. 655. Aquí Pringsheim re- coge la opinión de Beseler contenida en Beitrage cit.

(70) No ha podido llegar a nuestras manos el trabajo de Grosso, en el que se trata este fragmento Contributo allo studio dell'adempimen- to della condicione, R. Università de Torino, 1930, p. 39.

Se habla en general en este texto de la nulidad de los negocios sometidos a condición imposible. Se deduce que Mediano, con ocasión de declarar la nulidad de un fideicomiso en tales circunstancias pasase a exponer la generalidad de la regla. Pero la afirmación de Mediano ha quedado desgajada del estudio de los efectos de la condición imposible en los fideicomisos. La mutilación pudo obedecer a puro deseo simplificador de los compiladores, pero también a la necesidad de evitar una exposición que quizás contrariaba sus propias ideas. Recuérdese que en época de Gayo coleaba aún el debate entre sabinianos y proculeyanos acerca de los efectos de la condición imposible en materia de legados (71) y la decisión justiniana (72).

Por otra parte, este fragmento ha dado lugar a múltiples comentarios en la doctrina romanística no sólo en cuanto a su claridad formal, - sino también en cuanto a su contenido substancial (73).

- (71) Gayo III, 98: Item si quis sub ea condicione stipuletur, quae existeret non potest, velut 'si digito celum tetigerit' inutilis est stipulatio, sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praecceptores proinde debere putant, ac si sine condicione relictum esset, diversae scholae auctores nihilo minus legatum inutile existimant quam stipulationem, et sane vix idonea diver-  
sarum ratio reddi potest.
- (72) I. 2.14.10: Impossibili condicio in institutionibus et legatis non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur.
- (73) Reconocemos aquí un resumen de las obras y autores que de algún modo han tratado de él: Scialoja, Sulle condizioni impossibili nei testamenti, en BIDR 14 (1901) pag. 10; Peruzzi, Le obbligazioni romane, en Scritti Giuridici, II, Milán 1948, págs. 338 y 340 (nota 1 pág. 337); De Francisci, Evolutione, Storia e dottrina dei cosiddetti contratti impositi, 2, Pavia 1916, pag. 422 nota (9); Beseler, Romanistische Studien, 32 50 (1930) pag. 55 y nota (1) - 67; Riccobono, La formazione della teoria generale del contractus en Studi in onore di Pietro Bonfante, I, Milán 1930, pag. 165; - Bracciello, Obbligatio re contracta, en Studi Bonfante, II nota 101 pag. 566. En el Vocabularium Iurisprudentiae Romanae, III, se señalan como posibles tribonianismos, huiusmodi actus..., col. 276, 24 impossibili, col., 439, 27-28 y constitutio, col. 582, 52.
- (74) loc. cit.
- (75) En la mayoría de los textos, nos dice Scialoja, no se refieren a los contratos en general sino solamente a la stipulatio; así, D. 44. 7.1.1 (Gayo, 2 aurorum); D. 45.1.137, 6 (Ven. 1 stip.); D. 46. 1. 7 (Ulp. 6 ad Sab.); D. 12.1. 9, 6 (Ulp. 26 ad edic.) y D. 46.1. 29 (Paul. 18 ad edic.) Vid. loc. cit. pag. 9.

Scialoja (74) tratando sobre la condición imposible en los testamentos, llegó a afirmar que este fragmento era el único en las Pandectas - en el que se contenía una generalización de la regla en virtud de la cual la condición imposible anula otros contratos además de la stipulatio (75).

Pero este texto le parece muy reconpuesto por los compiladores y no le es fácil decir que parte del mismo pertenece verdaderamente al antiguo jurisconsulto (76) el cual, señalaría las diferencias entre las condiciones en las estipulaciones y en los otros contratos. Aventura la hipótesis de que si se pudiese creer que la aplicación de la regla a los otros contratos se encontrase en la obra originaria de Meciano, tendríamos aquí su primera formulación más extensa, deduciendo de ello que: "así como la condición imposible anula no solo la estipulación sino también la compraventa (y los otros contratos), así la misma debe tenerse por no escrita no solo en los contratos sino también en los fideicomisos".

Debemos confesar que el planteamiento nos parece muy aceptable. No es otro el método de exposición de estas monografías que nosotros hasta ahora venimos sospechando en muchos fragmentos; es decir, la comparación del fideicomiso con otras figuras afines (caso del legado), o no tan afines (en este caso la stipulatio y otros contratos). También comprendemos por qué estimó Scialoja como bastante probable que Meciano al

(76) En nota (2) pag. 10 nos dice que la frase general etiam ceteri quoque contractus es muy probable que fuese de los compiladores - que solían utilizar formas similares para extender el significado de los textos clásicos. Añade que ceteri contractus también se encuentra en otros lugares como p.e., D. 2. 14.7.1, Ulp. 4 ad edictum (aquí aparece ceteri similes contractus); D. 45.1.121, 3, Pap. 11 Respon. (ex ceteris aliis contractibus); D. 45.2.9, pr. Pap. 27 Quaest. (... et ceteris contractibus) Señala Scialoja otros textos análogos y quizás similarmente reconpuestos que le fueron indicando - por Longo. Estos son, D. 2. 14.50, Ulp. 42 ad Sab. (et ceteris similibus); D. 2. 14.7.6 Ulp. 4 ad Edictum (ceterisque bonae fidei iudicia); D. 2. 14.58, Nerat. 3 Membran. (ceterisque similibus obligationibus); D. 10.3. 7, 13 Ulp. 20 ad Edictum (ceterisque huius generis iudicia); D. 13.3.4, Cayo 9 ad edictum nro. (quod et de ceteris rebus iuris est). En la mayoría de estos textos ya aparecen en las ediciones críticas del Digesto notas atribuyendo estas frases a la intervención justiniana.

guiese la opinión de los sabinianos (77), y que ya en su tiempo estaba muy atenuado el disenso entre las dos escuelas y que su estrecha relación con Juliano hace si no cierta, si al menos verosímil su propensión hacia los sabinianos. Pero sin embargo no creemos que en el fragmento - de Meciano haya ninguna opinión que pueda achacarse a la escuela sabiniana. Nos dice que son nulas las estipulaciones bajo condición imposible y, a pesar de la hipótesis de Scialoja, lo lógico es pensar que la segunda parte del planteamiento hiciese referencia a que también los legados y fideicomisos sometidos a tal clase de condición, postura proculeyana, y no que en tales casos la condición se tendría por no puesta. A pesar de que parece cierto que las disensiones entre ambas escuelas habían disminuido, la polémica sobre la condición imposible, como hemos dicho, todavía coleaba, como prueba tenemos el fragmento de las Instituciones de Gayo, contemporáneo de Meciano, en el que se ve que el debate seguía abierto exponiéndonos las opiniones encontradas entre sus preceptores (sabinianos) y los autores de la escuela contraria. Por otra parte, el que mantuviera una estrecha relación con Juliano no tiene por qué darnos a entender que tuviese que estar de acuerdo en todas o ni si quiera en algunas de las opiniones mantenidas por el jurista sabiniano.

De todas las formas la mutilación evidente del texto nos impide conocer el pensamiento de Meciano en toda su extensión y poder apreciar más fielmente si ceteris contractus es genuino, o, como se sospecha, una alteración compilatoria.

La segunda parte del texto es contestada por los romanistas cuando se enfrentan con el estudio del concepto clásico de contrato. También parece que hay acuerdo en considerarle alterado, Pero debemos matizar - posturas. Para De Francisci (78) la segunda parte está interpolada. En su opinión el texto probablemente solo decía stipulationes impossibili - conditioni adplicatae nullius momenti sunt. Para Scialoja (79) la razón aducida en la última parte del fragmento no es del mismo Meciano, sino de la comisión Justiniana, pero en todo caso es ciertamente incorrecta y de ella no se puede extraer consecuencia alguna. Para Perossi (80) -

(77) Loc. cit., nota (3) pag. 10

(78) Loc. cit., nota (9) pag. 422



está verdaderamente interpolado y Meciano no hablaba más que de la estipulación y no daba explicaciones y además todo el estilo revela la mano de los compiladores. Riccobono, refiriéndose a quia in ea re, quae ex duorum pluriusque consensu agitur nos dice que así visto parece verdaderamente muy artificiosa y extraña, pero que si se considera que el fragmento fue extraído del libro 2 fideicommissorum de Meciano, y que como es verosímil el jurista habría tratado allí ampliamente la materia de las condiciones imposibles en los testamentos, esto es, respecto a las disposiciones testamentarias singulares, y después respecto a los fideicomisos, no está fuera de lugar suponer una ulterior confrontación con los negocios inter vivos en los cuales, precisamente, el elemento diferencial válido para todos en contraposición a los actos de última voluntad consiste en esto, que aquellos ex duorum pluriusque consensu aguntur. Concluye afirmando que si así fuese, la frase recuperaría su importancia, y que no se la puede rechazar sólo porque está incluida en un texto interpolado y mal utilizada.

Sin entrar nosotros en el debate de fondo, nos parece muy acertada la posición de Riccobono. No se puede opinar sobre un texto sin tener en cuenta su procedencia porque nos arriesgamos a equivocarnos. No sabemos con que alcance dice Peruzzi que Meciano no hablaba más que de la estipulación. Suponemos se refiere a que la regla no alcanzaba a los otros contratos. Si no fuera así habría cometido el error de no tener en cuenta la procedencia del texto.

Finalmente, Beseler considera el texto completamente impuro (81).

Nosotros creemos que en el texto, al lado de partes originales de Meciano, puede haber alguna alteración. Pero, evidentemente, lo que ocurre es que nos encontramos ante un texto mutilado. Como ya hemos dicho, Ulpiano se referiría al fideicomiso e incluso a los legados. Al ser esta parte suprimida por los compiladores, y volvemos a decir que no sabemos

(79) Loc. cit., , pags. 10-11

(80) Loc. cit., nota (1) pags. 340.

(81) Loc. cit., nota (1) pag. 67.

con que intención, para nosotros pierde su sentido y puede dar lugar a las controversias que efectivamente han surgido.

Nos interesa también en este fragmento aclarar una cuestión de segundo orden pero que creemos tiene su interés. El texto, como hemos dicho, está situado en el Digesto en el libro 44, título 7, frag. 31, y pertenece a Marciano 2 fideic. Pero en la edición del Corpus Iuris Civilis de Mommsen-Krueger, el encabezamiento aparece así: Marcianus libro secundo fideicommissorum (82). Este hecho no tendría mayor transcendencia a no ser porque vemos repetido el error en innumerables lugares - (83). Marciano no escribió ninguna monografía sobre fideicomisos. Así lo vemos, por ejemplo, en el índice de autores y de libros utilizados para la confección del Digesto que antecede a todas las ediciones (84). Tampoco aparece monografía alguna con este nombre atribuida a Marciano en la Palíngenesia de Lenel (85) ni en el lugar en el que este reconstruye las obras del jurista Marciano. Y tampoco se recoge una monografía sobre fideicomisos de este jurista en el elenco de estas obras que nos ofrece Schulz en su History (86). Por el contrario, en todos los lugares citados sí que aparece Marciano como autor de una monografía dedicada a este tema. Además, en la edición crítica de Mommsen, D.44.7.31

(82) A este problema ya hemos hecho referencia. Vid. nota (3) pag. 206 y 213, y notas (177) y (199) de las pag. 121

(83) Así, entre otros, en la edición castellana del digesto de los profesores D'Ors, Hernández-Tejero etc.; en citas del mismo que hacen algunos romanistas, como por ejemplo, y para no salir de los últimamente citados, Beseler, SZ 50 (1930) nota (1) pag. 67, en el que nos dice que el fragmento es completamente impuro. Se le podía replicar que incluso hasta es impuro el jurista que en su opinión lo encabeza; También De Francisci, en Συναγωγή, cit. pag. 422; en V.I.R. el asunto es tratado así: col. 276, 24 es atribuido a Marciano; en col. 439, 27, Maecian (Marcian?); en col. 582 Maecian. Baste esto como muestra.

(84) Es curioso hacer notar que tampoco aparece reseñado en la edición de Mommsen-Krueger. En la edición crítica de Mommsen, en el índice citado, aparece XVIII Μαρκιανου como autor de las siguientes obras: 1. Responseon βιβλία δεκαεννέα ; 2. Regularior βιβλία πέντε ; 3. De appellatioribus βιβλία δύο ; 4. Publicon βιβλία δύο ; 5. De delationibus μονοβιβλιον ; 6. υποθηκαρια μονοβιβλιον ; 7. Ad senatus consultum Turpillianum μονοβιβλιον . Como se ve, no hay ninguna monografía sobre fideicomisos.

aparece con el encabezamiento correcto Maecianus libro secunde fideicommissorum, sin ninguna nota crítica que haga referencia a este error en el encabezamiento ni a su posible origen. Pero el error es antiguo y se viene arrastrando desde hace tiempo. A nosotros se nos ha ocurrido pensar en un posible origen del mismo. Quizás no sea así, pero como hipótesis nos atreveremos a exponerla. En las ediciones antiguas del Corpus Iuris Civilis (87) los textos en cuestión están correctamente atribuidos a Maecianus, pero el diptongo ae aparece tipográficamente, como era usual en la época, fusionado Æ. Un copista o un comentarista poco escrupuloso y poco cuidadoso podría haber leído y transcrito Marcianus por Maecianus, y de ahí arrancar el error que se ha arrastrado hasta nuestros días. Probablemente parezca esta explicación muy simple, pero también es cierto que, en ocasiones, en las cosas simples se encuentra el secreto de muchos problemas.

En el libro III Lenel colocó como primer fragmento D. 34.5.6, (lib. - III fideic.), texto incluido por los compiladores en el título dedicado a de rebus dubiis: (Si tibi et postumo tuo hereditatem restitueris aut rogaveris vel ex parte te et ex parte postumo heredes institueris legatarius similiter vel fideicommissus dedisset. (utrum ita postumus partem faciat. si natus sit. an et si natus non sit quantetur).

Este texto los compiladores lo insertaron entre otros dos pertenecientes a Cayo I fideicommissorum (D. 34.5.5,1 y D. 34.5. 7. pr.) y Lenel lo reconstruyó añadiendo de estos textos citados la parte que en la reproducción va entre corchetes.

En él se recoge una disposición en la que se menciona a un postumo - en concurrencia con otra persona. Se plantean varias situaciones para -

(85) Ni en el alfabético ni en el cronológico de autores y libros. La única diferencia entre la Palingenesia y el índice del Digesto es la inclusión en la 1ª de la referencia a un libro de Marciano titulado Notae ad Papiniani de adulterio, cuya existencia deduce Lenel de la constitución Deo auctore, 6, en donde se habla de unas notas de Marciano a Papiniano.

(86) Pág. 252 y ss.

(87) Hemos consultado la de D. Gothofredi, Lyon 1652, y la de Colonia de 1756.

acabar con una pregunta a la que responde Gayo en D.34.5.7, pr. Estas - situaciones son: Alguien ruega por fideicomiso que se restituya la herencia a una persona y a un póstumo suyo, o -instituye herederos en parte a esa persona y en parte al póstumo, o -dispone de esa misma manera un legado o un fideicomiso. La cuestión dudosa es si se deduce la parte - del póstumo solo si éste llega a nacer o también si no nace.

El que decir tiene que el texto de Meciano está mutilado, pero nos - sigue dando muestras de un tratamiento conjunto en este caso del legado y del fideicomiso. De lo que podemos deducir del fragmento estricto de Meciano vemos, como hemos dicho, una disposición en la que se menciona a un póstumo y a otra persona, y por lo que se expone, hay igualdad de trato ya concurren en la herencia, ya en un legado, ya en un fideicomiso.

Bajo la rúbrica Quando dies fideicommissorum cadat Lenel situó tres fragmentos. El primero de ellos D. 35.1.86 (lib. III fideic.), dice en su principium: Julianus n-oster eum, qui deoem dare et ita liber esse iussus esset, si a vivente manumissus esset, non aliter legatum, quod - si cum libertate datum esset, habiturum, quam si conditioni libertatis parvisset, item in emptorem, si alienatus esset, sed id tunc locum habet cum omnimodo simul cum libertate legatum adquiri potuit, licet legato - imposito non sit, veluti cum in tempus libertatis legatum collatum -- esset.

Aquí sigue tratando Meciano temas de condición en un texto en el que el jurista se refiere laudatoriamente a Juliano. También en este lugar parece que Meciano estaba haciendo una comparación de lo que sucedía - en caso de legado y fideicomiso en el supuesto de una manumisión sometida a condición, en concurrencia con un legado para el manumitido, y - que acude a una opinión de Juliano para matizar esta ( 88). La matización que lleva a cabo Meciano consiste en puntualizar que la situación

(88) Que Meciano matiza la opinión de Juliano lo deducimos, además de por el sentido del texto a partir de sed id tunc, por el hecho de que Lenel en Pal., I, col. 413, frag. 521, en donde recoge esta - opinión de Juliano situándola en el libro XXXVI Dig. bajo la rúbrica a de legatis, concluye el texto con si alienatus esset.

descrita por Juliano solo tendría lugar cuando el legado pudiese adquirirse sin más a la vez que la libertad. Posiblemente en otro lugar trataría de situaciones similares en las que en vez de al legado o a la manumisión testataria directa hiciese referencia a los fideicomisos o a la libertades fideicomisarias, pero esa parte no nos ha llegado, habiendo seleccionado los comisionados justinianos este fragmento dedicado a problemas de condición, lo cual tiene sentido si tenemos en cuenta que el título correspondiente del Digesto en donde el texto va inserto lleva la rúbrica de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum qui in testamento scribuntur.

El párrafo 1º dice: Qua vero libertas sub conditione, legatum autem praesenti die datum est, in hoc quaestio est, an constitutum legatum: etenim nec Catonianas sententias locum in proposito esse, quia si statim testator decessisset, non tamen omnimodo inutile esset legatum, cum posset condicio libertatis ante aditam hereditatem impleri et legatum manumisso deberi, nisi forte necessarius heres exstiterit, tunc enim omnimodo inutile erit legatum iure iuncto, quia sub conditione non perit libertatem.

En este párrafo parece que se continua con el tema tratado en el anterior y también estamos ante una opinión de Juliano (89).

En él se contiene la ya conocida excepción a la aplicación de la regla Catoniana cuando se trata de legados en los que el dies cadens no coincide con la muerte del testador (90). Creemos que esto está claro cuando dice Meciano quia statim testator decessisset... manumisso deberi. El contenido del texto ha llamado la atención a los estudiosos de los problemas relativos a la adquisición de los legados al contemplar

(89) Lenel cree que esta opinión de Juliano también fue extraída del libro XXXVI Dig., de legatis, 5, de un frag. que aparece en D.30.91.1. En este caso no hay correlación exacta entre el párrafo de Meciano y el de Juliano, sino que se juzga que por su similitud - Meciano extrajo de ahí la mencionada opinión.

(90) Vid. Arias Ramos, Derecho Romano, cit., pag. 815. Tb. Sain-Esquerre, La regla Catoniana... cit. pag. 138, en donde nos explica las excepciones a la aplicación de la r.C.

el caso de un legado a un siervo manmitido ( 91 ) y los problemas relacionados con el dis codans y la aditio hereditatis.

A nosotros el texto nos parece que puede ser genuino. Albertario ( 92 ) señaló, sin embargo, una interpolación formal que ha sido generalmente aceptada. Se refiere a la última parte del texto, desde nisi forte hasta accouit libertatem. Como decimos, es el mismo Albertario el que asevera el carácter formal y no substancial de la interpolación. Sin embargo no nos convencen los argumentos empleados aquí por este insigne romanista. Se basa en que el inciso interpolado no es más que una monótona literal repetición de cosas que el jurista ya nos había dicho. Se pregunta Albertario que qué necesidad hay de añadir la limitación nisi forte necessarius heres existitisset cuando el jurisconsulto se limita ya a hablar de la aditio hereditatis y si tiene necesidad de adir la herencia el suus et necessarius heres. Creemos de todas las maneras que las preguntas de Albertario son lógicas y que la reiteración, por evidente, sobra. Pero de ahí, y basado solo en eso, deducir que ha sido añadido - por los compiladores nos parece exagerado. ¿Acaso no sería también evidente para los compiladores que era una reiteración? ¿Qué interés tenían en que esto apareciera así? ¿Qué fines perseguían con ello? Si la investigación de Albertario hubiese ido por estos caminos podría habernos convencido. En el mismo Albertario el que nos dice en este trabajo ( 93 ) que una serie de construcciones gramaticales son propias de los compiladores y derivan de la necesidad de hacer valer los nuevos motivos y los nuevos principios jurídicos. ¿Dónde están en nuestro texto los nuevos motivos y los nuevos principios jurídicos que se quieren hacer valer? Afirma ( 94 ) que no se puede decir que nisi tunc enim sea una construcción clásica ya que los clásicos hubiesen utilizado en vez de tunc enim, si ita est o crit, si forte id fiat, etc. pero nos muestra también fuentes que nos han llegado fuera de la compilación justiniana en las que aparece esta construcción.

( 91 ) Vid. entre otros, Voet, Teoría del acquisto..., cit. pag. 70; - Grosso, Legati..., cit. págs. 201, 206 y 303.

( 92 ) La costruzione 'nisi... tunc enim' ed altre similanti, en Studi VI, pag. 77.

( 93 ) Pag. 57

( 94 ) Pag. 58

Es posible que en alguno de los textos en que esta construcción aparece, citados en el trabajo de Albortario estén ciertamente interpolados. Pero en concreto, en el que nosotros estamos estudiando no vemos un motivo de peso para que así sea. La presunción que nos pide le permitamos (95) para nosotros no llega a convertirse en certeza en este supuesto y por ello mantenemos su claridad.

Lonel situó tras este fragmento D. 40.4. 58 (lib. III fideic.): Verum est cum, qui liber esse iussus esset, alienatum a testatore, si ante aditam eius hereditatem rursus hereditarius fieret, mox adiretur hereditas, ad libertatem pervenire.

No trata en este texto Meciano temas relacionados con la condición como ha venido haciendo en los inmediatamente anteriores. Aquí la atención del jurista recae sobre un caso de manumisión testamentaria. Si el manumitido en el testamento fuera enajenado por el testador pero volviera a pertenecer a la herencia antes de ser esta adida, es cierto que al canza la libertad en el momento de la adición de la misma. Nosotros suponemos que Meciano estaría tratando de las diferencias entre una manumisión directa y una libertad fideicomisaria. Los compiladores seleccionaron este caso de manumisión testamentaria directa para incluirlo en el libro 40, título 4º. de manumissione testamento. Lógicamente, la referencia a la libertad fideicomisaria no nos ha llegado (96).

Lonel finalizó la reconstrucción del libro III questionum de fideicommissis, con un fragmento de Ulpiano 17 ad Sab., D.7.1.72, en el que se recoge una opinión de Meciano: Si dominus iudae proprietatis usum fructum legaverit, verum est, quod Maecianus scripsit libro tertio questionum de fideicommissis, valere legatum et si forte in vita testatoris vel ante aditam hereditatem proprietari accesserit, ad legatarium pertinere, plus admittit Maecianus, etiam si post aditam hereditatem accessisset usus fructus, utiliter diem cedere et ad legatarium pertinere.

(95) Pag. 58

(96) Para más datos sobre este frag., sobre todo lo referido a su genuinidad. Vid. Impallomeni De manumissione mortis causa, Padua 1963 Pags. 159 y ss.

Se trata en el texto de un usufructo legado por un nudo propietario. Para Ulpiano y para Meciano el legado es válido. Deducimos de lo que se dice que el usufructo está ya constituido y que lo que hace el testador nudo propietario, es constituir el usufructo en favor del legatario para cuando se extinga el usufructo existente en ese momento. Así tiene sentido todo lo que a continuación se nos expone. Si en vida del testador, o en el momento que va de la muerte de éste a la adición de la herencia se consolidan usufructo y nuda propiedad, Ulpiano y Meciano opinan que el usufructo corresponde también al legatario, y Meciano llega a más y estima que corresponde al legatario etiam post aditam hereditatem accessisset usus fructus.

El problema aquí tratado está en cierto modo en relación con lo visto en otros fragmentos anteriores en relación con el dies cedens y el dies veniens en la adquisición de los legados, y está clara la opinión de los dos juristas en favor de la validez de este caso del legado en todos los supuestos que se plantean. También es lógico pensar que Meciano estaría haciendo un estudio comparativo entre el régimen del legado y el del fideicomiso, y que la parte relativa a este último ha sido mutilada. Pero aquí la mutilación posiblemente no se deba a los compiladores, sino al propio Ulpiano. Si seguimos a Lenel, este texto de Ulpiano del libro 17 ad Sab., estaba encuadrado en un libro en el que el jurista trataba de legatis y especialmente de usu fructu et uxo legato y quando usus fructus legati dies cedat (97), y por lo tanto no le serían de utilidad las opiniones de Meciano con respecto al fideicomiso - que con seguridad precedían o seguían en el lugar de donde extrajo la parte que le interesaba.

Con este fragmento acabamos el estudio del jurista Meciano en lo relativo a los temas de singulis rebus per fideicommissum relictae y de condicionibus fideicommissorum.

(97) Lenel nos remite a los libros III de Paulo y V de Pomponio ad Sabinum rubricados también con De legatis y en los cuales también subdividió apartados que trataban de usu fructu et uxo legato. Vid. para Paulo Pal., I, cols. 1257-59; para Pomponio, Pal., II, cols. 1056-57.



Hemos observado que Meciano, lo mismo que Valente, a lo largo de estos fragmentos no siempre habla de fideicomisos y que con frecuencia se refiere a legados. En este caso nuestra pregunta sobre si esta sería la redacción originaria tiene la misma respuesta que en el caso de Valente. Posiblemente fuese así, y el uso del legare por parte de Meciano no no estuviere siempre revestido de un rigor técnico, pudiendo abarcar a veces también al fideicomiso.

En cuanto al contenido de los fideicomisos contemplados es también muy variado, pero no se observa, como ocurría en Valente, abundancia de fideicomisos consistentes en entregas de dinero.

Lo mismo que a Valente, lo que parece preocupar a Meciano no son los objetos en sí, sino las peculiaridades que pueden darse en el cumplimiento de los fideicomisos atendiéndose a la voluntad del disponente. También creemos que el jurista intenta salvar en la mayoría de los casos la validez, la eficacia del fideicomiso.

De-ducimos también que a Meciano le preocuparon los temas relativos a la condición y los problemas relativos a la adquisición del fideicomiso por las referencias que encontramos al tratamiento que hace de él en relación con el legado. Tratamiento que, para nosotros, solo tiene sentido si suponemos que efectuaba una comparación sobre la incidencia de los mismos problemas en el campo del fideicomiso.

### C) Los textos de Pomponio.

Los fragmentos que se han conservado del libro I de la monografía de Pomponio los reuní Lenel bajo la rúbrica De singulis rebus per fideicommissum relictis (98).

(98) Nos dice Lenel en Pal., II, nota (1), col. 58 respecto a los temas tratados por Pomponio en su monografía: Videtur Pomponius libro I exiit de singulis rebus per fideicommissum relictis libro II...

El primero que nos ofrece es D. 32.16 (Pomp. lib. I fideic.): Saepe legatum plenius restituetur fideicommissario quam esset relictum, veluti si alluvione ager auctus esset vel etiam insulae natae.

Nos dice en el texto Pomponio que el fideicomisario recibe a veces - más de lo que le ha sido inicialmente dejado (aumentos por aluvión, o - el caso de la insula nata). Podría pensarse que Pomponio estaba refiriéndose a un legatario a quien se le había encomendado la entrega del fundo legado al cabo de cierto tiempo y que en este supuesto el fideicomisario recibiría el objeto legado con sus incrementos. Pero creemos que estamos en presencia de uno de esos textos en los que legatum aparece - utilizado en sentido no técnico. Cada vez se va confirmando más nuestra sospecha de que el verbo legare ya en la época clásica se había empleado sin sentido técnico preciso (es decir, disponer un legatum), y sería usado como sinónimo de establecer una disposición particular en un testamento (o en un codicilo). Si tenemos en cuenta esto, aquí tendríamos que traducir: "Con frecuencia lo atribuido al fideicomisario resulta - más extenso que lo que se le había dejado inicialmente por el disponente...".

Si esto fuese así, se aclararían en cierto modo algunas opiniones al respecto de que el progresivo acercamiento entre legados y fideicomisos produjo incertidumbre en el lenguaje. En tal supuesto no habría en este fragmento, como cree ver Trifone una confusión entre los casos de legado y fideicomiso producto de esa incertidumbre en el lenguaje (99), y también quedaría descartada la intervención compilatoria, si no en todos, en muchos de los fragmentos en los que hasta ahora se había creído existente (100).

(99) Trifone, Fideicommissum (Diritto Romano) en N.D.I., VII (1961), - págs. 190-191.

(100) Recordamos otra vez la afirmación de Schulz, para nosotros y a la vista de estos hechos, un poco exagerada en el sentido de que - siempre que en un texto relacionado con el fideicommissum están - los términos legare, legatum, hay que decir que está interpolado. Vid. Classical Roman Law, 550, y Kaser, Das Römische..., I, nota (5), pag. 75.

En cuanto a la genuinidad del texto ha habido quien ha sospechado de la última parte <sup>(101)</sup> vel etiam insulas natae considerándolo un añadido posterior. En todo caso, no tiene mayor transcendencia ni altera el sentido de lo que se ha dicho en el fragmento.

D. 32.18 (Pomp. lib. I fideic.) es el fragmento siguiente: Si iure - testamento facto fideicommissum tibi reliquero. deinde postea aliud -- fecero non iure. in quo fideicommissum relictum tibi vel aliud quam quod priore testamento vel omnino non sit relictum. videndum est. nunc mea - haec fuerit facientis postea testamentum. ut nolim ratum tibi si priore testamento relictum. quia nuda voluntate fideicommissa infirmarentur. - sed vix id optinere potest. fortassis ideo. quod ita demum a priore testamento velim recedi. si posterius valiturum sit. et nunc ex posteriore testamento fideicommissum ei non debetur. etiamsi idem heredes utroque testamento institui ex priore existiterunt.

Estudia aquí Pomponio el caso de un testamento posterior inválido. - El problema que se suscita es saber si son eficaces o no los fideicomisos en él ordenados.

El pasaje, a nuestro modo de ver, parece construido un poco fatigosamente. Voci parece estimarlo genuino <sup>(102)</sup> y ve en él la manifestación de una opinión singular de Pomponio que no prevaleció. Para Voci, los romanos reconocieron, no sin dificultades, en los supuestos de existencia de dos testamentos uno anterior y otro posterior, que en el segundo testamento, aunque inválido, había que ver la voluntad de revocar el primero, pero Pomponio era contrario a esta opinión a tenor de lo dicho en D. 32.18.

Grosso ve en este texto una demostración de que en los fideicomisos se puede producir la ademptio incluso nuda voluntate (... quia nuda voluntate fideicommissa...) en contraposición con el legado en el cual de

(101) Haymann, Tex Krit. Studien zum römischen Obligationenrecht, en SZ 40 (1919) nota (2) pag. 333.

(102) Diritto ereditario..., II, 1 pag. 293.

bien ser guardadas, unas formas establecidas (103) Kaser también es de la opinión de Grosso en cuanto a ver en D. 32.18 una muestra de la carencia de formas en la ademptio para los fideicomisos (104).

A nosotros nos extraña que en materia de fideicomisos el segundo testamento fuera totalmente inútil. Es cierto que la ademptio en cuanto a los legados debía ser hecha en el derecho antiguo en forma solemne, pero incluso para los legados este rigor había cedido ya en el derecho clásico (105); para los fideicomisos se entendió desde el principio que la revocación se producía por cualquier manifestación contraria de voluntad, e incluso tácitamente. Por ello creemos que este texto puede estar retocado. Lógicamente Pomponio se mantendría en el criterio de que lo que había que hacer era indagar la voluntad del causante. Quizás este podría dar a entender que se aceptase el todo o nada respecto del segundo testamento, pero de ahí a elevar a regla general que el difunto solo quiere el testamento posterior si es válido en todas sus partes es un salto que es una afirmación que no pudo hacer Pomponio.

Beseler considera el texto interpolado desde fortassis hasta el final (106) en base a que el fortassis indica un estado de duda que no podía corresponder a Pomponio. En este caso estamos de acuerdo con él. También Di Marzo lo cree interpolado (107).

(103) I. legati..., pag. 319. Otro fragmento en el que se contiene la revocación nuda voluntate del fideicomiso es D. 34.4.3,11 (Ulp. 24 ad Sab.) También citado por Grosso, pero aquí más claramente: Non solum autem legata sed et fideicommissa adimi possunt et qui dem nuda voluntate. Cita también Grosso un texto en donde se contiene la ademptio tácita, pero no es como señala D.34.3.30,2 sino D.34.4.30,2 (Scaev. 20 Dig.)

(104) Das römische..., nota (45) pag. 760.

(105) Vid. Gayo II, 19<sup>o</sup> donde se puede apreciar la validez de la revocación iure pretorio de un legado p.d. porque el legatario quasi contra voluntatem defuncti potest. Vid. tb. Ponfante, Instituciones de derecho romano, trad. 3<sup>o</sup> ed., Madrid, 1927 notas (1) y (2) pag. 64<sup>o</sup>.

(106) Beiträge..., 2, pag. 11.

(107) No ha podido llegar a nuestras manos el trabajo de Di Marzo en Estudios Girard, 2, pag. 145 y ss. en el que se trata de este texto. La referencia ha sido tomada del Index Interpolationum.

Nosotros aceptamos la posibilidad de que el texto esté alterado para hacer decir a Pomponio lo que, lógicamente, no pudo decir dado el estado de la cuestión debatida en su época.

El último fragmento conservado de este libro I es D. 33.7.21: Cum - fundus sine instrumento legatus sit, dolia molae olivariae et praedium et quaecunque infixa inaedificataque sunt fundo legato continentur, nulla autem ex his rebus quae moveri possunt paucis exceptis fundi appellatione continentur, de molis tum quae solet, cum ita adfixae itave inaedificatae sint, ut partes aedificiorum easse videatur.

Se plantea aquí el caso de un fundo legado sine instrumento. El problema está en determinar lo que se considera comprendido en el legado.

Riccobono, tratando de las vicisitudes de la doctrina de la accesión de inmuebles consideró interpolado el texto a partir de paucis exceptis (108). Pero a nosotros lo que nos llama la atención en el fragmento es otra cuestión. Es posible que en el texto falte una referencia expresa a los fideicomisos porque haya sido suprimida por los compiladores, pero también es posible que aquí, como en otros pasajes legare no esté utilizado en sentido técnico. Creemos que cuando Pomponio dice legatus sit no se está refiriendo con rigor y exclusividad a la vetusta figura del legado sino que dentro del legare contempla tanto al legado como al fideicomiso. Por ello nos sigue pareciendo, y lo reiteramos de nuevo, exagerada la opinión de Schulz ya antes citada.

Estos son los tres fragmentos que se han conservado del libro I de la monografía de Pomponio. Son pocos, pero los suficientes para comprobar que también Pomponio, lo mismo que Valente y Meciano no siempre habla de fideicomisos sino que utiliza también las expresiones legatum, legare sin rigor técnico, abarcando con ellos tanto a legados como a fideicomisos.

(108) Dal diritto romano classico al diritto moderno, A proposito del -  
fr. 14 D. X. 3. Paulus III Ad iustitiam, XIII Ius tollendi e l'acce-  
sione di cose ad immobili, en Annali Palermo, 3/4 (1917), nota -  
(1) pags. 430-31.

Pomponio, por los restos que nos han llegado, también se ocupó de la validez, de la eficacia de los fideicomisos, pero no por ello descuidó los problemas referentes al contenido de los mismos, aunque dada la escasez de noticia que tenemos no podemos precisar mucho en cuanto al alcance de este.

#### D) los textos de Gayo.

A continuación vamos a detenernos en el libro I de la monografía de Gayo que Lenel intituló Communia de fideicommissis. Ya el título nos da a entender que los fragmentos bajo él recogidos se referirán a temas variados.

El primer fragmento es D. 32.2: Ex filio praeterito, licet suus heres erit, fideicommissum relinqui non potest.

Nos dice Gayo que no se puede gravar con un fideicomiso a un hijo preterito. El fragmento hace referencia al problema general de quien puede y quien no puede ser gravado con un fideicomiso, cuyo principio rector está recogido por Ulpiano en D. 32.1.6: Sciendum est autem eorum fidei committi quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte eius vel dum est datur vel dum est non admittitur. El caso señalado por Gayo entra claramente dentro de esta norma. No puede ser gravado con un fideicomiso el hijo preterito puesto que su situación está incluida dentro de la de aquellos a los que se quitó (admit) algo. (109)

En el mismo sentido que el fragmento de Gayo encontramos una constitución de Justiniano del año 531, C.6.42.31 (110), en la que sin embargo Justiniano dice resolver una antiqua dubietas sobre este problema.

(109) Vid. Grosso, I legati..., págs. 153 y ss.

(110) Imo, Justinianus A. Iohanni pp.: Quidam filium suum a sacris personis remittit et postea testamento condito eum praeterit nullo ei penitus relicto, alibus hereditus derelictis, ipsum autem, quem neque heredem neque exheredatum fecit, fideicommisso praegravavit querebatur. I utile est huiusmodi fideicommissum. Tota igitur antiqua dubietas quae hoc exposita nobis in hoc casu placuit, ut emancipatur utroque iniuria a patre afflictus non compellatur fideicommissum a sua persona relictum praestare, quod etiam in aliis personis...

Y, como decimos, la resuelve de acuerdo con la postura mantenida por Gayo de que no se puede compeler a dar el fideicomiso dejado a cargo de su persona a un emancipado preterido en el testamento de su padre. Si en realidad existió ese debate, Gayo mantuvo la posición que nos expresa y manifiesta en su monografía.

El fragmento lo consideramos genuino. Posiblemente Gayo tratase de otros casos en los que tampoco se pudiese exigir el cumplimiento del fideicomiso, o de a quienes sí se podía encomendar el cumplimiento del mismo. Los compiladores seleccionaron esta parte en concreto y la situaron en el Digesto detrás del fragmento de Ulpiano D. 32.1. en el que, entre otras cosas, se recoge el principio general de quien puede ser gravado con un fideicomiso y el desarrollo de este principio, por lo que tiene sentido que no aparezca el tratamiento que hizo Gayo de los mismos problemas.

D. 32.14 (Gayo lib. I fideic.) es el fragmento que Lenel situó a continuación del que acabamos de ver. El principium dice: Non dicitur est, quin, si uxori legatum sit 'si non nupserit' idque alii restituere rogata sit, cogenda est, si nupserit, restituere.

En este párrafo se contempla un legado bajo condición resolutoria y un fideicomiso. Una mujer es beneficiaria del legado bajo la condición si non nupserit, rogándole, en caso de que contrajese matrimonio, restituirlo a otra persona. Gayo parece opinar que si se contrae matrimonio debe ser compelida a restituir a la persona indicada lo que había recibido por el legado.

Se ha querido ver desde antiguo una antinomia entre este fragmento y otro de Juliano 35 dig., D. 35.1.22: Quotiens sub condicione mulieri legatur 'si non nupserit' et eiusdem fidei commissum sit, ut Titio restituat, si nubat, commodum statuitur et si nupserit, legatum eam petere posse et non esse cogendam fideicommissum praestare.

Como vemos, para Gayo puede obligarse a la mujer a restituir el fideicomiso, y, según Juliano, no se le puede obligar. Pero en realidad, como han señalado Scialoja y Marchi (111), no existe tal antinomia.

sino que lo que sucede es que los casos tratados por Gayo y Juliano son diferentes. Creemos pues, con Marchi, que esta discusión es superflua, y nos remitimos a los argumentos que esgrimen estos romanistas y a la bibliografía citada por ellos.

También algunos autores consideran interpolado el texto (112). Marchi lo cree así en base a que ve en el mismo una aplicación de la lex Julia Miscella (113) y que los compiladores no podían dejar pasar la aplicación de esta ley abrogada por Justiniano (C. 6.40. 2 y 3) (114).

Las sospechas de Marchi son lógicas. Es este uno de los supuestos en que más justificada está la intervención compilatoria tratando de adaptar el contenido del fragmento clásico a las nuevas disposiciones que afectaban al tema seleccionado para la compilación.

El párrafo primero dice: Heredes quoque, cui iurisiurandi condicio re-  
mittitur, legatum et fideicommissum debet.

Hace referencia al heredero al que se dispensa de hacer juramento pero que a pesar de esta dispensa tiene que cumplir el legado o el fideicomiso que le hayan encomendado. Con respecto al párrafo anterior, aquí cambia el supuesto de hecho. Allí era una uxor legataria cuyo legado estaba sometido a una condición resolutoria, y un fideicomiso en caso de que la condición llegase a cumplirse. Aquí es un genérico heredes a quien se le dispensa de efectuar juramento pero no por ello debe dejar de cumplir el legado o el fideicomiso que le haya sido encomendado. Tanto en este párrafo como en el anterior vemos que se pretende procurar que el fideicomiso sea efectivo, es decir, que llegue al fideicomisario lo que se ha dispuesto en su favor tratando de salvar las dificultades que para ello se podían producir.

(111) Scialoja, Tutte condizioni impossibili nei testamenti, en BDIR 14 (1901), nota (1) pag. 33. Marchi, Le disposizioni testamentarie a titolo di pena, en BDIR 21 (1910) nota (2) pag. 60-61.

(112) Marchi, loc. cit. Beseler, en Romanistische Studien, SZ 47 (1927) pag. 63.

(113) Lex Julia de maritandis ordinibus



El texto, en lo relativo a su genuinidad, nos parece que no está alterado, que es original.

En el párrafo segundo Gayo dice: Sed si cui legatum relictum est, - ut alienam rem redimat vel praestet, si redimere non possit, quod dominus non vendat vel immodico pretio vendat, iustam aestimationem inferat.

Se refiere el párrafo a un legado dejado a una persona para que compre una cosa ajena y la entregue, debemos suponer, a un fideicomisario. Gayo nos dice que si el legatario no puede comprar esa cosa ajena objeto del fideicomiso porque el propietario no la vende, o la vende a un precio exagerado, debe el legatario fiduciario satisfacer al fideicomisario la justa estimación de la cosa.

Este texto nos plantea una serie de problemas que trataremos de aclarar.

¿Se refiere en este supuesto Gayo cuando habla de legatum al legado en sentido estricto o emplea legatum en su sentido amplio que abarca - también al fideicomiso?

Creemos que aquí Gayo utiliza el término legatum en su sentido estricto y que el supuesto de hecho contemplado por el jurista es el que antes hemos expuesto. Gayo se está refiriendo a un legado ya que si con ese término hiciera referencia a un fideicomiso el tratamiento y la solución dados al caso serían diferentes.

Otro problema es el de la genuinidad del texto sobre todo en lo relativo a los términos immodico pretio y iustam aestimationem. Estos han sido rechazados por varios romanistas que aducen que aquí como en otros textos de la compilación justinianea en que también aparecen, se ve la mano de los compiladores.

(14) Las constituciones de Justiniano abrogatorias de la lex Julia Municipalis son del año 531, momento en el que se estaba procediendo a la confección del Digesto, por lo que debemos pensar que los compiladores adaptarían los textos relativos a la aplicación de esta ley a las normas dictadas por Justiniano al respecto.

Para estos autores estas expresiones no corresponden a juristas romanos clásicos sino que fueron introducidas por los juristas postclásicos y de sumo agrado para los justinianos que por ello las utilizaron en varias ocasiones. Pero esta opinión no es pacífica y en sentido contrario hay romanistas que piensan que el texto que estamos estudiando está compuesto por elementos todos originarios de la época clásica.

Es Albertario quien encabeza la corriente de opinión que considera alterado el texto (115). Albertario en este caso confronta fragmentos de las Instituciones de Gayo en los que se tratan problemas similares a este con los contenidos en la compilación justinianea o con obras de claro sabor postclásico como las Regulae de Ulpiano. En cuanto al iusto pretio efectúa Albertario la confrontación entre Gayo II, 265 y Ulp. - II, 11.

En Gayo aparece: Quod si dominus cum non vendat.

En Ulpiano. Si dominus cum "iusto pretio" non vendat.

y hace notar que el texto de las Regulae sigue al pie de la letra al gayano salvo en el iusto pretio por lo que deduce que este añadido es postclásico.

D. 32.14.2, lo confronta con Gayo II, 262: Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere et praestare, aut aestimationem eius solvere, sicut iuris est si per damnationem aliena res legata sit, sunt tamen, qui putant, si res per fideicommissum relicta dominus non vendat, extinguí fideicommissum sed aliam esse causam per damnationem legati. Y en base a esta confrontación propone la siguiente reconstrucción: Quod si cui (per damnationem) legatum est, ut alienam rem redimat et praestet, si redimere non possit quod dominus non vendat aestimationem inferat. En ella se permite suge-

(115) Albertario, Iustum pretium e Iusta aestimatio, en BIR 31 (1921)- pag. 2 y 3; 6 y 6a; 16 y 16a. Puntillones posturas similares, Solazzi L'origine storica della rescissione per lesione enorme en BIR 31 (1921), pag. 74. Guarnieri Citati, Perché concessa poena non eva necesse, en BIR 32 (1923), nota (1) pag. 251. Donatutti, Dal regime del verbo al regime della voluntas, en BIR 34 (1925), nota (1) pag. 205.

rir el añadir per damnationem y suprimir vel immodico pretio vendat y - el calificativo de iusta a la sestiniatio. También, siguiendo a Mommsen corrige el inferat por infert y sustituye vel por et en redimat vel praestet. No nos explica las razones de por qué estima que el legatum deba ser per damnationem y nosotros no vemos claro por qué esto deba ser así. Si el qui con el que comienza el texto hace referencia a un heres (lo que podría pensarse teniendo en cuenta que en el párrafo anterior se habla de un genérico heres) para quien el causante dispone además el legado de que adquiera una cosa ajena, evidentemente se trataría de un legatum per damnationem puesto que en el derecho clásico el legatum rei alienae solo era válido si se trataba de un legatum per damnationem (116). Pero si el qui se refiere a un genérico legatario que no tiene por que ser el heredero (posición que nosotros estimamos más correcta y que también es posible tal como está redactado el texto) el legatum puede ser tanto per vindicationem como per damnationem. Descendamos al terreno de los hechos para ver claramente el supuesto. El causante A en su testamento instituye heredero a su hijo B y dispone un legatum per vindicationem en favor de su amigo C a quien encomienda que con lo que ha recibido en virtud del legado compre una cosa y se la entregue a determinada persona (fideicomisario). Hay que tener en cuenta que en este caso el objeto del legado no es una cosa ajena (en cuyo supuesto sí que se trataría de un legatum per damnationem), sino que la cosa ajena es el objeto del fideicomiso encomendado al legatario. Por ello creemos que no está acertado Albertario cuando reconstruye el texto añadiendo per damnationem junto a legatum (117).

En cuanto a las otras modificaciones que efectúa, Albertario es más explícito. Nos dice que Gayo contemplaba en él únicamente un supuesto: que el dominus non vendesse, en cuyo caso, según se dice en las Instituciones de Gayo, se debía sestinationem solvere. Pero los compiladores contemplaron dos hipótesis: que el dominus no venda o que venda a un precio muy elevado (immodico pretio); y esto es así porque los compila-

(116) Cfr. Arias Ramon, Derecho Romano, cit., pag. 807.

(117) Así lo estima también Orestano, en La valutazione del prezzo... cit. nota (3), pag. 6

dores no quisieron agravar la posición del legatario que en caso de una pretensión excesiva del dominus podrá liberarse prestando una  aestimatio iusta. Por ello también considera un añadido compilatorio iustam que aparece ante  aestimationem. Llega a la conclusión de que los juristas romanos (y debemos entender que cuando Alfortario habla aquí de juristas romanos se refiere sólo a los clásicos) no conocían la terminología iustum pretium, iusta aestimatio, dado que su tecnicismo terminológico era verdaderamente perfecto, y iustus era para ellos el acto o la relación conforme al ius por lo que no podían utilizar este término con un significado diferente; y tampoco tenían necesidad de utilizar la expresión iusta aestimatio para indicar la estimación conforme al valor de la cosa porque el aestimare y la aestimatio clásica tenían, sin añadirles nada que les complementase, este significado. Si éntomo fuese así, concluye, todas las veces en las que ellos hubiesen hablado de aestimare y aestimatio hubieran debido decir iuste aestimare y iusta aestimatio y sin embargo este término se encuentra intercalado raramente en algún texto por efecto de la glosa o de la interpolación.

Estos son, resumidos, los argumentos esgrimidos por Alfortario a los que no podemos dejar pasar sin alguna puntualización. Pero antes vamos a exponer los que le oponen sus contradictores para tener un panorama - lo más completo posible del estado de la cuestión.

Orestano (118) cree que el texto a pesar de los argumentos esgrimidos por Alfortario y Polazzi, no está interpolado y que todos los elementos en él contenidos son genuinos. Analiza Gayo II, 262, diferenciando lo que en los dos apartados se dice, y si bien admite que en el primero Gayo no habla de la hipoteca del precio exagerado, argumenta contra los que se basan en este dato para negar la posibilidad de la existencia en tiempos de Gayo de una doctrina que tuviese presente la valoración del precio que entonces habla Gayo en esta primera parte del dominus que no quiere vender la cosa. Gayo, para Orestano, presupone conocidas las causas por las cuales uno se puede liberar con aestimationem solvere. Por

---

(118) Orestano, La valutazione del prezzo... cit. págs. 5 y ss.

lo tanto, en esta primera parte, si no se afirma, tampoco se niega la posibilidad de la valoración del precio. Para él, el modo en el cual Gayo presenta la alternativa entre praestare y  aestimationem solvere induce a pensar que fuese posible una elección por parte del fiduciario; alternativa y libertad que serían extrañas si Gayo hubiese tenido solamente presente el caso del dominus que no quisiese vender, porque entonces la aestimatio sería una consecuencia necesaria de la prestación frustrada y no una hipótesis colocada sobre el mismo plano conceptual.

En la segunda parte del texto Gayo formula la hipótesis de que el dominus no quiera vender la cosa. Según Orestano, en la teoría restrictiva de aquellos juristas que mantenían que el fideicomiso se extinguía cuando el dominus no hubiera querido vender la cosa esta hipótesis tiene una función en sí. Lo que se discute en este caso no es si el fiduciario debe prestar la aestimatio sino si el fideicomiso subsiste o no. Se plantea, pues, la discusión en los dos casos que pueden darse: El dominus que no quiere vender y el dominus que pide un precio muy elevado. En el primer caso podría surgir efectivamente la duda de la extinción del fideicomiso porque faltaría la posibilidad de llevar a cabo el fideicomiso por razones extrañas al legatario (fiduciario). Pero toda duda se excluiría en el segundo caso en el cual el fiduciario, debiendo pagar un precio muy elevado hubiese tenido siempre la posibilidad de llevar a cabo el fideicomiso, pero podría elegir entre el precio muy elevado y la aestimatio. El fideicomiso en este caso subsistiría siempre. Concluye Orestano diciendo que el hecho de que en la segunda parte del texto Gayo no analice la hipótesis del precio elevado sino solo la del dominus que no quiere vender, no debe ser un argumento para negar toda valoración en relación con el precio. Gayo no analiza esta hipótesis porque frente a ella no se opone el problema de la caída del fideicomiso. Por lo tanto, también en la segunda parte del texto si no se afirma, tampoco se niega.

A pesar de resultar prolijos, creemos interesante seguir exponiendo el iter argumental de Orestano, pues estimamos que en él se aprecian datos y circunstancias que no han sido valoradas en toda su plenitud por Albertario y Colazzi.

Martino Orestano que en Gayo II, 261, anterior al que hemos visto, - se contiene la enunciación de una norma general de la cual no se puede ni se debe prescindir para la interpretación del resto de lo tratado. - Veremos por qué.

Gayo II, 261, dice: Item potest non solum propria testatoria res per fideicommissum relinqui, sed etiam heredia aut legatarii aut cuius libet alterius. Itaque et legatarius non solum de ea re rogari potest ut eam alicui restituat quae ei legata sit, sed etiam de alia, sive ipsius legatarii sive aliena sit. Sed hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogatur alia restituere, quam ipse ex testamento gesserit non quod amplius est, inutiliter relinquitur (119).

El principio general al que se refiere Orestano es el de que la carga de un rogatus, sea heredero o legatario, no debe superar su beneficio (120), y después del 80, legatario no debe superar lo que reste después de la deducción de la cuarta. Y la limitación que esta norma impone, - representa en su opinión un principio general que debe ser aplicado también a lo que se contempla en los párrafos siguientes. La consecuencia de la aplicación de esta norma es que si el fideicomiso tenía por objeto la prestación de una determinada cantidad de una cosa, o cosas múltiples, la obligación del fiduciario llegaba al máximo de cuanto él había recibido. El fideicomiso no tenía valor en cuanto a la parte que excedía de lo recibido por el fiduciario. Así las cosas, se plantea dos preguntas, la segunda de las cuales hace referencia al caso que nosotros estamos examinando.

-¿Qué sucedía si al fiduciario se le pidió dar una cosa singular y el valor de la misma excedía del beneficio que había recibido? La respuesta

(119) Hace notar Orestano que una redacción igual a la del período final del texto se encuentra en I, II, 224, y que también un concepto igual, aunque expresado con palabras diferentes se encuentra en - Epit. de Gayo II, 7, 5 (la valutazione... nota 10, pag. 8)

(120) Principio que nos dice Orestano también fue afirmado por otros juristas y por los emperadores. Vid. D. 31.70, pr (pap. 20, quest.) D. 30.114.3 (Proc. 8, Inst.) Un rescripto de Caracalla del que se hace mención en D. 31.70, pr. etc. (la valutazione... nota 11, pag. 9).

ta a esta pregunta es que el fiduciario no podía ser obligado a soportar el daño. En este caso, y según el principio general, el fiduciario se liberaría entregando el valor máximo no de la res fideicommissaria sino de lo que le había sido dejado en herencia o legado, salvando siempre la cuarta pegasiana.

- ¿Qué sucedía si el precio de la cosa a rescatar superaba la suma de - que disponía el fiduciario no porque su valor fuese realmente mayor sino porque el dominus había pedido un precio superior al justo? La solución aquí es similar a la contemplada en el caso anterior. El fiduciario no podía ser constreñido a reponer de lo suyo, sino que se liberaría dando toda la cantidad que estaba obligado a desembolsar para la adquisición de la cosa.

Pero si esta norma se hubiese entendido de una forma limitada no habría sido suficiente para regular los múltiples casos que la vida presenta. Con este rígido sistema que se quiere atribuir al derecho clásico no habría tenido ninguna relevancia que el precio pedido por el dominus fuese excesivo respecto al valor real de la cosa. Y nos muestra Orestano casos en los que la aplicación rígida de este principio habrían traído consigo situaciones injustas; casos en los cuales el fideicomiso debería absorber sólo una parte de la herencia o del legado porque según la intención del testador de la parte sobrante se beneficiaría el heredero o el legatario; casos en los cuales la herencia o el legado, además de la prestación de una res aliena a favor de una determinada persona contenía fideicomisos a favor de otras. De estos supuestos extrae Orestano los siguientes interrogantes: -¿Cómo podía ser indeterminada la suma que el rogatus estaba obligado a destinar a la adquisición de la cosa? ¿podría dejarse la determinación de esta suma al arbitrio del dominus de la cosa? ¿el estar obligado a corresponder a la máxima pretensión del dominus no habría constituido para el heredero o el legatario un daño injustificado, perdiendo todo o parte de la cuota que según la voluntad del testador debería constituir su beneficio además de la cuarta? Y en el segundo de los supuestos indicados, ¿no habría venido al heredero el interés de las otras personas a favor de las cuales se habían establecido fideicomisos en la misma herencia o legado?.

Manteniendo el principio de que el fiduciario nada debe dar de lo suyo es cierto que si no se hubiese podido liberar con la agratitatio, todo lo que hubiese gastado de más para la prestación de la cosa ajena de la que le había sido pedido un precio exagerado, habría ido a disminuir la cuota de los otros beneficiarios del mismo fideicomiso. Y, por otra parte, sigue argumentando Orestano, si hubiese existido la posibilidad de constreñir al fiduciario a la adquisición de la cosa ajena a cualquier precio hasta la concurrencia de la cuarta pegasiana, pero con sacrificio de un ulterior beneficio del rogatus, ¿no se habría creado el medio de favorecer eventuales acuerdos fraudulentos entre el dominus de la cosa y aquél que se beneficiaba del fideicomiso de la cosa misma? El dueño, en efecto, puesto en conocimiento de la entidad de la suma dejada en herencia o legado habría podido el máximo de la misma. El beneficiario del fideicomiso constreñiría después al fiduciario a cumplir a cualquier precio el fideicomiso, y por lo tanto a pagarlo aunque fuese exagerado. Posteriormente se repartirían las ganancias entre el dominus y el fideicomisario.

Esto que señala Orestano hubiera podido producirse de aplicarse rigidamente el principio antes expuesto. Y por ello es de pensar que se buscaría una solución, solución que él ve en la cognitio extra ordinem que estuvo siempre dispuesta a regular equitativamente el amplio campo de los fideicomisos. Entonces, por medio de la cognitio extra ordinem, se debió introducir la posibilidad en favor del rogatus de liberarse mediante la agratitatio en todos aquellos casos en los cuales la petición de precio por parte del dominus sobrepasase los límites de la disposición testamentaria o excediese con mucho del valor real de la cosa. Concluye Orestano esta serie de argumentos diciéndonos que desde cualquier parte que se considere el problema la agratitatio aparece siempre como un elemento necesario para permitir en una serie muy numerosa de casos la ejecución del fideicomiso.

Quizás hayamos pecado de prolijos en la exposición de la postura mantenida por Orestano, pero nos ha parecido necesario no dejar pasar una serie de argumentos a nuestro entender muy bien contruidos y que nos podían relatar en gran manera la situación controvertida en el derecho clásico.



Grosso (121) trata, a nuestro parecer, de conciliar las dos posiciones aquí expuestas. Nos dice, valorando en lo que tiene de positivo la tesis de Albertario y sus seguidores, que la confrontación de nuestro texto con el fragmento ya visto de las Instituciones de Gayo relativo al fideicomiso, parece un buen argumento para suprimir de D. 32.14,2 - vel immo diu pretio vandat, y que sobre todo la confrontación entre los fragmentos correspondientes de las Instituciones de Gayo y de las Regulas de Ulpiano nos da a entender que en estas últimas el iusto pretio es un añadido postclásico. Pero, por otra parte, admite un punto de partida clásico y en lo referente al fideicomiso, de estas innovaciones, punto de partida que fue recogido por la jurisprudencia posterior que al lado del dominus quem vende pudo incluir también el caso del propietario dispuesto a vender la cosa a un precio tan exagerado que podía hacer dudar de su deseo de vender.

Este es el estado de la cuestión. Como se ve, es muy controvertido - ya que las dos posiciones encontradas se fundan en una fuerte base argumental. Nosotros tomamos partido por la tesis de Orestano atendiendo a las siguientes consideraciones:

- Albertario intenta justificar la alteración del texto diciéndonos - que los compiladores no quisieron agravar la posición del legatario - dándole la posibilidad, en caso de una pretensión excesiva del dominus de la cosa, de librarse pagando una restitutio iusta. Pero ¿por qué no pensó Albertario que Gayo pudo ser también sensible a este problema y - que nos ofreciese en su monografía específica sobre los fideicomisos - una solución al mismo en base a la prestación de una iusta restitutio? - (122).

---

(121) Legati..., cit. pag. 246 y ss.

(122) Esto sería posible dado que, como demuestra Orestano, en el texto de las Instituciones no se niega esta posibilidad y que además - como dice Grosso, el fragmento gayano del Digesto forma parte de un tratamiento dedicado a los fideicomisos mientras que las Instituciones son un libro elemental en el que, y aquí damos nuestra opinión, los temas estudiados no lo serían tan profundamente ni - con tantos matices como en una obra monográfica.

- A lo largo de los fragmentos que venimos estudiando hemos podido apreciar la tendencia de los juristas clásicos a procurar que el fideicomiso sea efectivo y esa tendencia se manifiesta más en el texto de Gayo tal como aparece en el Digesto que con las modificaciones que Albertario ofrece en su reconstrucción.

- En cuanto al tecnicismo terminológico de los juristas clásicos invocado por Albertario nos remitimos a lo que venimos diciendo a lo largo de este trabajo sobre el uso que los mismos hacen del legare y legatus.

El siguiente fragmento que vamos a analizar es D. 33.2.29 (Gayo lib. I fideic.). Si quis usus fructus legatum sibi alii restituere rogatus sit summe in fundum induxerit fruendi causa licet iure civili morte et capitis diminutione ex persona legatarii pereat usus fructus, quod huic ipso iure adquisitus est, tamen praetor iurisdictione sua id agere debet, ut idem servetur, quod futurum esset, si ei, qui ex fideicomisso restitutus esset, legati iure adquisitus fuisset.

Nos encontramos en el texto con un fideicomiso que grava a un legatario de usufructo y que permite al fideicomisario usar y disfrutar de la cosa. Pero el texto dice más: aunque según el derecho civil el usufructo se extinga por la muerte o capitisdiminución del legatario, debe hacer el pretor que se conserve el usufructo para el fideicomisario como si éste hubiese adquirido ese derecho directamente como legatario.

Nos asaltó la duda al enfrentarnos con el texto de que la solución fuese justinianea. Nos cuestionamos como pudo el pretor prorrogar una situación de usufructo si el usufructuario muere. Pero hemos encontrado un texto de Marciano 3 Inst. (1744) en el que también se recoge una intervención del pretor en este sentido: Si legatum usus fructus legatarius alii restituere rogatus est, id agere praetor debet, ut ex fideicommissarii persona magis quam ex legatarii pereat usus fructus. El supuesto de hecho es similar: se ruega al legatario que restituya a otro el usufructo que recibió por medio de un legado, y se sostiene por Marciano que el pretor debe hacer que el usufructo se extinga con la persona del fideicomisario y no con la del legatario.

Grosso, tratando de la venta y donación del usufructo, (123) partiendo del principio de la intransmisibilidad del usufructo va pasando revista a los casos en los que los romanos hablaron de fructuarium vendere y donare unum fructum. En este análisis se detiene observando los diferentes supuestos de tutela pretoria para el que está gozando de un usufructo ya sea por compra o por restitutio de un fideicomiso, caso que nos afecta. En los supuestos de compra nos dice que el límite de la duración del derecho es el de la vida del usufructuario iure civili y que el usufructo se extingue por la muerte y también por la capitis diminutio del titular, mientras que es irrelevante la muerte o la capitis diminutio del comprador. En cuanto a la tutela pretoria al comprador, nos dice que el pretor no le protegía como si llegara a ser usufructuario de la cosa sino que tutelaba en él la facultad de ejercitar el ius frui - que formaba el contenido del derecho del usufructuario enajenante.

Sin embargo, en nuestro caso nos dice que el pretor tutelaba al fideicomisario como si él mismo fuese el usufructuario, remitiéndose a los textos de Gayo y de Marciano. El por qué de esta consideración y de esta tutela también nos lo explica Grosso (124) en base al reconocimiento de la eficacia del fideicomiso que es a lo que miraba el testador. - El reconocimiento de esta eficacia hace prevalecer la opinión de que el pretor debe tutelar directamente al fideicomisario como si fuese usufructuario, no en los límites de duración del usufructo en la persona del legatario que era titular iure civili del mismo. Y se remite de nuevo a los textos de Gayo y Marciano y a uno de Ulpiano 17 ad Sab. (D.7.4.29, 2) que creemos que incide en el modo de actuar esa tutela por parte del pretor.

¿Cómo se actuaba esa tutela? Pensamos que por uno de los medios que el pretor tenía a su alcance: exceptiones, actiones utiles o in factum.

(123) Grosso, Usufrutto e figure affini nel diritto romano, Torino 1958 pags. 314 y ss.

(124) I legati..., pag. 54.

Grosso, para el caso de un usufructo dado en prenda o hipoteca y basándose en un texto de Marciano liber sing. ad form. hyp. (D. 20.1.11,2) nos dice extendiendo el caso al comprador como se hace en el fragmento, que este estaba protegido por una exceptio pretoria frente a la negatoria del dominus. También nos habla de una conjetura según la cual el pretor concedió además al comprador la tutela de una actio (125); y en el supuesto del fideicomisario avanza la posibilidad de una actio ficticia (126).

Kas-er (127) tratando de los usufructos constituidos sin arreglo a ninguna forma entre los que incluye la figura que se nos presenta en D. 33.2.29, nos dice que en estos casos no se excluye la actio in factum y la exceptio.

En el texto de Ulpiano 17 ad Sab., D. 7.4.29,2, antes mencionado, no otros vemos una referencia a una actio utilis: Idem Pomponius quaerit, si legatus mihi usum fructum rogatus sis tibi restituere, an per te - Crui videar nec mittatur usum fructus, et ait dubitare se de haec quaestione, sed, est verius quod Marcellus notat, nihil hanc rem fideicommissario nocere: quo quia nomine utilium actionem esse habiturum. Se dice que el fideicomisario tendrá en su propio nombre una acción útil concedida por el pretor.

Y este es el marco de posibilidades de actuación del pretor que hemos encontrado en los textos y en la doctrina. Cualquiera de estos medios, o uno de ellos, sería el utilizado por el pretor para proteger al fideicomisario que está gozando de un usufructo que le ha sido concedido por un fideicomiso..

(125) Usufrutto e figure affini..., page. 314-315. En nota (3) pag. 315, nos indica los romanistas que han conjeturado la existencia de una actio: Windscheid, Pand., 205, n.4; Beseler, Juristische Miniaturen, page. 105 y ss.; Grosso, Lezioni di diritto Romano, la servitù Prediali, I, pag. 226, n.3.

(126) Usufrutto e figure affini..., pag. 373.

(127) Das Römische Privatrecht, E.A. pag. 452, nota (48)

Para Beseler (128) sin embargo, el pretor solo doli exceptione fidei commissarium tuebatur. El texto estaría alterado y los comisionados habrían añadido y suprimido frases. Los suprimido doli exceptione fidei commissarium tuebatur habría sido sustituido por iurisdictione sua id agere debet ya que esta frase no es suficiente para precisar el instrumento jurídico a utilizar y Triboniano introdujo una expresión tan vaga - porque él quería permitir también al fideicomisario un medio de ataque, es decir, la posibilidad de accionar y no solo la de defenderse mediante la exceptio. También considera alterado quod huius inso iura adquisita est.

Con ninguna de las dos puntualizaciones de Beseler podemos estar totalmente de acuerdo. No vemos por qué no puede ser clásico quod inso iura adquisita est. En realidad es el legatario quien en un primer momento adquiere el usufructo de propio derecho. Otra cosa es que en virtud del fideicomiso que le ha sido encomendado el régimen de ese usufructo se vea afectado por ciertas particularidades (p.e., la tutela - del pretor al fideicomisario).

El limitar los medios de defensa del fideicomisario solamente a la exceptio doli, aún estando dentro de lo posible, tampoco vemos por qué tuvo que ser así. Y no solo por la referencia que a la actio utilis - se hace en D. 7.4. 29,2, sino porque lo que en realidad, en nuestra opinión, debió presentar dificultades sería considerar al fideicomisario - como a un usufructuario. Una vez conseguido esto, de lo que no parece - dudar Beseler, lo lógico es pensar que el fideicomisario gozase, con el carácter de útiles o ficticias, de acciones similares a las que disponía el usufructuario para proteger su posición. Por todo ello consideramos el texto como substancialmente clásico.

El fragmento que Lenel situó a continuación es D. 34.5.5 (Gayo 11b.1 fideic.) El principium dice: Quidam relegatus facto testamento post heredia institutionem et post legata quibusdam data ita subiecit: "si cuius"

(128) Beiträge..., 3, pag. 102 y 4, pag. 78.

ex heredibus ceterisque amicis, quorum hoc testamento mentionem habui, - sive quis alius restitutionem mihi impetraverit ab imperatore ante decessum, quam ei gratias agere volo dari ei quicquid egerit a ceteris - heredibus aureos tot", unus ex his, quos heredes scripserat, impetravit ei restitutionem et antequam id sciret, decessit, cum de fideicommissum quaeretur, an deberetur, consultus Iulianus respondit deberi, sed etiam si non heres vel legatarius, sed alius ex amicis curavit cum restitui, et ei fideicommissum praestari.

Trata aquí Gayo de un fideicomiso sometido a condición. Sería beneficiario quien consiguiese el indulto del testador. Uno de los nombrados herederos consiguió el indulto, pero el testador murió antes de agradecerselo. Al preguntarse si se debía el fideicomiso Juliano responde que sí se debe, pero que también debía entregarse el fideicomiso si se cuidó del indulto no un heredero o un legatario, sino otro de sus amigos.

Este fragmento está en relación con otros ya estudiados por nosotros. Nos estamos refiriendo a D. 32.1,1 y a 32.1,5 Ulpiano 1 de fideicommissis que inciden también sobre el tema de un fideicomiso hecho por un incapaz. Fundamentalmente nos remitimos a lo allí dicho, pero no obstante haremos algunas consideraciones.

- Con respecto a los textos de Ulpiano, debemos decir que estos son más directos y que abordan fundamentalmente el tema de la convalidación. Gayo nos lo presenta como un fideicomiso sometido a condición: "el que consiga el indulto", pero en el fondo se contiene una disposición hecha por un relegatus que se convalida cuando el disponente llega a ser restitutus (129). Además, la solución procede ya del tiempo de Juliano, a quien acude Gayo, y aunque esta se refiera a un hecho concreto (quien puede considerarse beneficiario del fideicomiso), el supuesto genérico en el que este hecho se encuadra es similar al tratado por Ulpiano.

(129) Es este uno de los fragmentos que hicieron a Dióndi cambiar de opinión con respecto a la convalidación. En la convalidación del codicilo fatto dal incapace, sostiene que esta fue obra de Justiniano. A la vista de este y otros textos, rectificó y consideró que procedía ya de la época clásica. Vid. lo que decimos respecto a D. 32.1, 1 y D. 32.1,5.

- El texto puede considerarse genuino, no alterado. A lo sumo, puede estar resumido. Nos confirma esto, como dijimos en su momento, que las manipulaciones apreciadas en D. 32, 1, 1 y 32.1,5, tienen un carácter meramente formal, y su contenido, como venimos afirmando, es substancialmente clásico.
  - También se aprecia en el fragmento una tendencia casi constante en los juristas clásicos que dedicaron su atención al fideicomiso: que este se cumpla, que sea efectivo. En este caso, y es Juliano quien lo dice, si el que consigue el insulto es una persona de las no mencionadas en el testamento, siguiendo la voluntad del disponente, el fideicomiso debe cumplirse.
  - Confirma también el fragmento la variedad de temas reunidos por Lenel bajo la rúbrica Communio de fideicommissis. Es el mismo Lenel quien a pie de página nos dice que este fragmento Actur de fideicommissis, quas incertis personis relicta sunt, tratando, a nuestro modo de ver, de concretar, de precisar el tema al que hace referencia, pues resultaría impreciso bajo una rúbrica tan general como la que encabeza el libro.
- El párrafo primero de D. 34.5,5 dice: Si tibi et postumo suo vel alieno hereditatem restitueris quia rogaveris (130).

Inicia aquí Gayo el tratamiento de un supuesto de fideicomiso de herencia que parece continuar en el fragmento recogido en D. 34.5,7, pr. Entre estos dos, los compiladores siguieron un texto de Mediano al que evidentemente mutilaron (D. 34.5.6) que ya ha sido objeto de nuestro estudio (v. supra: pags. 247-248).

Aquí cree ver Lenel un tribonianismo en vel alieno (131) y nos remite a Gayo II, 237: Item olim incertae personae vel postumo alieno per

(130) En la edición castellana del Digesto de los prof. D'Ors, Hernández Tejero, etc., traducen: "a ti o a un póstumo suyo..." cuando creen que debe ser "a ti y a un póstumo suyo..."

(131) Pal., I, nota (4) col. 237. Son de la misma opinión, Kaser, Das Römische Privatrecht, F.A., nota 26, pag. 759, y Kalb, Roma iuristica nach ihrer Sprache dargestellt, Leipzig, 1890, nota (2) pag. 10

fideicommissum.... En la confrontación se aprecia evidentemente la diferencia, pero no creemos que la misma sea de gran importancia. No apreciamos otras posibles alteraciones. Seguramente el texto está cercenado y discurriese por caminos parecidos al de Meciano que se intercala entre §1 y D. 34. 5,7, o quizás introdujeron D. 34.5.6, porque allí se hace referencia al legado y al fideicomiso y Gayo solo se refería al fideicomiso. Pero como decimos, salvo la apreciación de Lenel, nos parece un texto genuino, clásico.

D. 34.5.7. (Gayo lib. I fideic.): en su principium: utrum ita postumus partes faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur. - an commodius dici ruto, si quidem natus non est, minime sua partes facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solidum relicto: - an autem natus fuerit, utraque accipere quantum cuique relictum est, ut uno nato para tibi dimidia debeatur, duobus natis tertia tibi debeatur, tribus natis (quia trigemini quomodo nascuntur) quarta debeatur, et nostra quidem aetate Serapias Alexandrina mulier ad divum Hadrianum perducta est cum quinque liberis, quos uno fetu exiit, sed tamen quod ultra tres nascitur, fere partentibus videtur.

El supuesto, cuyo planteamiento comienza en los fragmentos anteriores es como sigue: Si alguien ruega por fideicomiso que se restituya la herencia a una persona y a un postumo heredero del causante de propio derecho o a un postumo ajeno, se pregunta si la parte del postumo se deduce si este llega a nacer o también en caso de que no nazca. La solución que Gayo da es que si el postumo no llega a nacer no se deduce una parte, sino que pertenece todo a la persona que se menciona en primer lugar como si desde el primer momento se le hubiese dejado por entero. Si el postumo llega a nacer, cada uno recibe lo que está dispuesto. Pero - si nacen dos gemelos no se harán dos partes, sino que Gayo nos dice que se harán tres, una para cada uno de los postumos nacidos y la restante para la otra persona. Y así lo mismo si nacen tres. Luego nos relata Gayo el caso de Serapias que tuvo un parto quintuplo, para demostrarnos que éstos son posibles, pero nos dice que en su tiempo (lo mismo que sucede en nuestros días) cuando nacían más de tres hijos en un solo parto, se consideraba un prodigio.



Tanto este fragmento como el anterior están en el Digesto en un título dedicado a tratar De rebus dubiis, y ciertamente aquí Gayo resuelve una duda que, a nuestro juicio, se plantearía en estos términos: Si no llegase a nacer el póstumo, ¿la parte que le correspondería acrece a la del otro fideicomisario o se le atribuye al fiduciario? ¿tiene derecho el fiduciario a retener además de la deducción de la cuarta pegasiana, la parte que le correspondería al póstumo si éste no llega a nacer? Si la parte que correspondería al póstumo que no llegó a nacer no puede ir ni al fiduciario ni al otro fideicomisario, ¿qué destino se le daría? - Con su respuesta, Gayo aclaró todas estas cuestiones.

El fragmento tiene también interés porque en él Gayo nos proporciona un dato sobre su vida. Como sabemos, su personalidad es enigmática y se desconocen muchos datos de su vida; pero gracias a este fragmento sabemos que ya vivía bajo Adriano: nostra quidem aetate Sereanus Alexandrinus na mulier ad divum Hadrianum perducta est. Es este uno de los escasos lugares en los que Gayo nos ofrece un dato claro sobre su existencia, y como tal debemos hacerlo constar.

Creemos apreciar en el texto la intención del jurista de que el fideicomiso se cumpla, se lleve a cabo respetando lo más posible la voluntad del causante fideicomitente.

En cuanto a la genuinidad del texto existen varias opiniones. De Medio (132) advierte claramente en él la mano de los compiladores, sobre todo en la frase ex commodius dici putat, los cuales entre diversas posibles soluciones, pudieron estimar conveniente elegir aquella adoptada. Hace notar la construcción poco feliz putat dici muy similar a melius est dici propia de los compiladores, y también la presencia del si quidem - muy común en ellos, lo que le confirma en sus sospechas. Admite sin embargo que el texto no es completamente obra de los compiladores, los cuales, en su opinión, se limitaron a alterarlo profundamente. Como prueba de esto admite la genuinidad de et nostra quidem aetate..., que para él

(132) De Medio, Breve nota sul titolo De rebus dubiis (34.5) del Digesto, en BIDR 13 (1900) págs. 243-244.

puede que sea el único residuo del texto de Gayo, y por ello insertaron donde está el quidem para relacionar las palabras interpoladas con las del juriconsulto.

Grupe (133) considera alterado quasi ab initio tibi solido relicto - diciéndonos que aquí se aprecia el gusto de Justiniano por el ablativo absoluto.

Kalb (134) consideró sin embargo puro pro commodius dici puto pero alterado de sin aut-um hasta relictum est.

En el Vocabularium Iurisprudentiae Romanae (135) se señalan como tribonianismos además de los ya señalados pro commodius dici puto, quasi - relicto, etc., trigemini quoque nascuntur si quidem.

Nosotros respetamos estas opiniones, pero creemos que a pesar de estas posibles alteraciones el contenido del texto es substancialmente clásico. Preguntaríamos a De Medio si la solución que escogieron los compiladores y situaron después de pro commodius dici puto fue una creación de ellos mismos o era una de las que ya se ofrecían en la época clásica y quizás la mantenida por el propio Gayo. ¿En que consisten las alteraciones profundas de las que nos habla este autor? ¿Fueron profundas en el aspecto formal, o también substancialmente?

El párrafo primero de D. 34.5.7 dice: Qua quidam pluribus heredibus institutis unus fideicommissarius, ut, cum moreretur, uni ex coheredibus, cui ipse vellet, restitueret eam partem hereditatis, quae ad eum pervenisset: verissimum est utile esse fideicommissum, nec enim in arbitrio eius qui rogatus est positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat: plurimum enim interest, utrum in potestate eius - quem testator obligari copulat, faciat, si velit dare, an post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium concedat.

(133) Grupe, Zur Sprache der Gaianischen Digestenfragmente, en SZ 17, - (1896) pag. 321.

(134) *loc. cit.* en nota (131).

(135) V. J.R., 4, 15.2 y 38; 223. 46; 5, 602, 47.

Sigue aquí tratando Gayo problemas relativos al fideicomiso de herencia. Es este uno de los textos que hace referencia al arbitrium del - gravado en el cumplimiento del fideicomiso, y que fue analizado, llegando a conclusiones diferentes y dispares por Albertario y Riccobono. - (136) Albertario, además consideró el texto alterado mediante el añadido quem testator obligari cogitat, pues no admite la existencia de una obligatio del fiduciario con respecto al fideicomisario. (137).

Entre Albertario y Riccobono hay un punto de acuerdo: el fideicomiso que se contempla en el texto es válido. La polémica surge al considerar el valor que deba atribuirse al arbitrium.

Para Albertario el fideicomiso es válido porque no se atribuye al fiduciario la facultad de cumplir sino que se le atribuye solo la facultad de elegir a una persona entre varias indicadas por el testador; es decir, no se remite a la valoración del deudor (fiduciario) la necessitas dandi, sino simplemente se le concede el arbitrium distribuendi. Además el liberum arbitrium, comprendería tanto el arbitrium rectum como el arbitrium boni viri y por esa razón no sirve para indicar solamente el arbitrium rectum. Por otra parte en su opinión, la antítesis que presenta Gayo en el texto no es entre restituere omnia y restituere ya que se tratan de expresiones equivalentes puesto que el omnia es un refuerzo enfático, sino entre an restituere velit, y qui restituat y entre la necessitas dandi que el heredero fiduciario no puede valorar ni con el arbitrium rectum ni con el arbitrium boni viri, y la elección de una persona indicada entre varias, que es lo único que le es permitido. La jurisprudencia clásica consideraría nulo aquel fideicomiso en el cual el testador hubiese remitido el cumplimiento del mismo al fiduciario y a tr, por ello, hubiese sido el árbitro de la necessitas dandi.

(136) Albertario, en L'arbitrium boni viri nell'operato di un fedecommisso, loc. cit., págs. 342-43, y 353-54; la cosiddetta obligatio - ex causa fideicommissi, en Studi III, pag. 52; Riccobono, en L'arbitrium boni viri nei fedecommissi, loc. cit. págs. 338.

(137) Tesis ésta rebatida por G. Segré favorable a la existencia de una obligatio así concebida. Vid. Obligatio, obligare, obligari, nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano, - en Studi Bonfante, III, nota (184) pag. 569.

Riccobono, no limitándose en su análisis solamente a nuestro texto, admitió con respecto a él que algunas palabras y frases, como verissimu y omnino hubiesen sido introducidas por los compiladores, pero sin que ello implicase que las decisiones aplicadas fueran nuevas o contrarias a las clásicas. Estas alteraciones, servirían perfectamente para señalar los resultados a los que iba llegando en su evolución la jurisprudencia clásica, evolución jurisprudencial que se ve claramente en D. 34.5.7.1, en donde el superlativo verissimum y el adverbio omnino señalan la superación de la doctrina respecto a este punto, llegó así a la conclusión de que el arbitrium en el fideicomiso qui vult no significaba que dependiera del heredero an omnino velit restituere, lo que es lo mismo que decir, como lo hicieron los justinianos, que no es un arbitrium plenum o perum.

Torrent (138) fijó su atención en este párrafo al tratar del arbitrium boni viri en la elección del fideicomisario. Admite también la validez del fideicomiso, pero discrepa con Albertario en que el arbitrium que se contempla no pueda ser un arbitrium boni viri. En su opinión no se deja al heredero la facultad de ejecutar el fideicomiso sino el que elija a una persona entre varias previamente indicadas; entre estas personas el heredero ha de elegir al fideicomisario a su arbitrium, pero no a un arbitrium omnimodo, sino ayudado por el coeficiente corrector del arbitrium boni viri. No ve Torrent, y nosotros tampoco, los inconvenientes que Albertario tuvo para admitir que el arbitrium en este caso fue un arbitrium boni viri. Creemos con él que aquí no se condice la voluntad testamentaria sino que el testador otorga al fiduciario la facultas distribuendi según su arbitrium (boni viri).

En cuanto a la genuinidad, debemos concluir admitiendo la existencia de posibles retoques compilatorios, retoques que, por otra parte, no alteran la substancia clásica del contenido del texto sino que más bien la refuerzan y confirman.

(138) Fideicommissum familiae relictum, cit., page. 45-46. Hemos apreciado un error, de imprenta suponemos, en pag. 45. Donde dice - Torrent que no ve los inconvenientes que pone Albertario para que el fideicomisario ejecute el fideicomiso según el a.b.v., se está refiriendo evidentemente al fiduciario.

Lapicki (139) se remite entre otros a este texto para fundamentar que la economía romana libre se basaba en el liberum arbitrium y en la libera factio del propietario. Salvo la referencia al arbitrium (arbitrium que debe ser como hemos visto boni viri) no creemos sin embargo que en este texto se demuestre lo que Lapicki cree. En este caso el arbitrium que se contempla no el de ningún propietario sino el de un fiduciario a la hora de elegir, entre varias personas que le vienen determinadas por el causante, el beneficiario del fideicomiso (140).

El párrafo segundo de D. 34.5.7, dice: Quaesitum est, si coheredes ex disparibus partibus scripti sint, utrum partem suam in viriles partes restituere singulis debeat an pro porti-onibus hereditariis, ex quibus heredes scripti sint, si placuit, si testator ita restitui iussisset partem, si aliquam pecuniam dedissent, si quidem aequas partes iussu fuerint dare, conveniens videri esse etiam ex fideicommissis aequas partes eis restitui oportere; si vero dispares in ea pecunia distribuisse significavit testator, ut videantur hereditaria portionebus conservare, consentaneum esse etiam fideicommissum pro hereditariis partibus eis restitui debere.

Sigue tratando Gayo un asunto relacionado con un fideicomiso de herencia. La cuestión debatida es que si un coheredero debe restituir su parte de herencia a los demás coherederos instituidos ex disparibus partibus, repartirá su parte por igual o en proporción a las respectivas cuotas hereditarias. La solución que Gayo nos ofrece a la cuestión planteada ha hecho surgir serias dudas sobre su genuinidad. Parece que esta demostrada la intervención compilatoria en el sentido de que hicieron decir a Gayo lo que ha habido dicho Juliano. Lenel nos advierte después de si placuit que quae sequuntur, non Gai videntur esse, sed Triboniani, qui haec ex Iuliano repetivit (141) y nos remite a D. 36.1.24, Iul.

(139) Lapicki, La nature juridique du cohnat romain, en Studi Volterra III, nota (51) pag. 370.

(140) Otros pasajes examinados que quizá sirvan mejor para fundamentar su tesis son D. 1. 7.28, Gayo 1 Inst. (libre arbitrio del pater familias para emancipar a los sometidos a su potestas); D. 29.1.1 pr. Ulpiano 45 ad edic. (referido a la libre disposición de los militares para otorgar testamento); D. 44.4.5,6, Paulo 71 ad edic. (in sua potestate habeat, quando utatur suo iure)

39 dig. (142). No se puede negar que la solución que aparece en el texto de Gayo y la que nos ofrece Juliano son similares. También es evidente la intervención compilatoria en algunas frases (143), pero quizás sea un poco exagerado atribuir la paternidad de toda esa parte a Triboniano. ¿No pudo haberse inspirado Gayo para resolver este asunto en la solución dada por Juliano en el libro XXXIX de sus digesta? A nosotros nos parece lógico pensar que esta parte del texto, salvo los retoques compilatorios sea de Gayo, aunque fuertemente influenciado por Juliano.

D. 35.1.88 y D. 35.1.90 son los textos que Lenel situó a continuación corriendo este libro primero, AND. 35.1.88 ya nos hemos referido (144) - cuando tratamos de los fragmentos de Valente entre los que le colocaron los compiladores. Lenel nos le presenta en la Palingenesia reconstruido con la mayor parte de D. 35.1.87: (Traditum est in locatis novissimum, in liber-tatibus levissimum condicionem spectandam esse.) id est quas - ipsi servo commodior ait, y completado con D. 35.1. 90: (Sed per fidei commissum variae data libertate non levissima spectanda est, sed novissima, quia posterior voluntas potior haberi debet: cui consonat etiam - nunc scriptum divi Antonini. De lo poco que nos ha llegado de D. 35.1.88, y en relación con los fragmentos entre los que aparece intercalado, deducimos que la cuestión se planteó a propósito de un legado o fideicomiso condicional referente a una concesión de libertad. Aunque como Lenel creyó, puede guardar relación con D. 35.1.90, en el que en resumen se mantiene que en caso de libertad fideicomisaria hay que atenerse a la última decisión del disponente aunque sea más gravosa, sin embargo, sabos

(141) Pal. I, nota (1) col. 238.

(142) Quotiens pater familias unum vel duos heredes coheredibus su- - restituerit hereditatem iubet, intollegitur easdem partes in fidei commissis facere, quas in hereditate distribuenda fecerit, sed si iubentur hi, quibus fideicommissum datur, pecunias numerare at- que ita fideicommissa recipere, ex quantitate pecuniarum, quas dare iubentur, voluntas colligenda est patris familias, nam si ex dis- paribus partibus heredes scripti aequas partes dare iubentur, pro- prius est, ut viriles recipere debeant: si vero summa pecuniae dan- dae congruit portionibus, hereditarias portiones accipere debeant

(143) Ya advertidas por Lenel en loc. cit., y por Grupe en Zur Sprache der Gaiianischen Digestenfragmente, cit. pag. 321. Los tribonianis- mos que de este párrafo recoge el V.I.R., son: congruere y con- gruit (Gayo y Juliano) I, 917, 13 y 14; conscientiam I, 924, 49; hereditariis portionibus, III. 74, 25 y 34; etc.

(144) Vid. pag. 11.

fragmentos no casan demasiado bien, ya que en el primero se dice que hay que atender a lo que resulta más fácil para el mismo esclavo, y en el -segundo, como hemos visto, a la última decisión del disponente. Nos inclinamos por ello a pensar que no es muy acertada esta reunión que efectuó Lenel, aunque, evidentemente el primero de ellos nos ha llegado muy recortado y resulta difícil encajarlo en algún lugar.

En cuanto a la genuinidad, nos vamos a referir a D. 35.1.90, sobre el que recaen algunas sospechas. A nosotros nos parece genuino incluso en su última parte qui-Antonini. Beseler (145) lo consideró clásico a pesar de que aparece consonat, poco utilizado por los juristas clásicos y más de acuerdo con el lenguaje justinianeo al proceder consonare, consonans y consonantia del griego συμφωνέω, συμφωνέω, συμφωνία. Pero esta procedencia no excluye su utilización por algún jurista clásico, en este caso Gayo.

Las impresiones que hemos extraído del análisis de este primer libro de la monografía de Gayo son las siguientes:

- La gran variedad de temas que el jurista trató en este libro (fideicomiso de herencia, capacidad, libertad fideicomisaria etc.), lo que no nos permite apreciar un tratamiento homogéneo a problemas similares, puesto que estos no son objeto de estudio por parte de Gayo.
- A pesar de esta heterogeneidad hemos podido apreciar una característica común en el tratamiento de los temas: el intento del jurista por salvar la validez, la eficacia del fideicomiso. Procura con sus soluciones que el fideicomiso se cumpla atendiendo a la voluntad del disponente, salvando los posibles obstáculos que una interpretación rígida pudiese oponer, y avanzando y evolucionando en la aplicación del derecho.
- Hemos observado también que Gayo a veces estudió en la monografía temas que fueron objeto de su atención en el manual de Institutiones pero que el tratamiento dado a los mismos en la primera obra fue mucho -

(145) Reiträge..., 2, pag. 64.

más profundo y matizado que en la segunda. Esto no es de extrañar dada la categoría de ambas obras que respondían a diferentes objetivos y a finalidades diversas. El manual, con finalidad de divulgación, pero carente de la profundidad en el tratamiento de los temas que evidentemente requería una obra monográfica.

#### E) Los textos de Paulo.

Solo se han conservado tres fragmentos del libro I de fideicommissis de Paulo y fueron rubricados por Lenel de singulis rebus per fideicommissum relictis.

D. 32.6, es el sit usado en primer lugar. Su principium dice: Sed et sic fideicommissum dedero ab herede meo: 'Te rogo. Luci Titi, ut ab herede tuo petas dari Maevio decem aureos'. utile erit fideicommissum - scilicet ut mortuo Titio ab herede eius poti possit: idque et Iulianus respondit.

Se trata aquí del caso de un fideicomiso (de dinero) gravando a persona que no recibe directamente el encargo (en el supuesto se refiere al heredero del fiduciario). Este fideicomiso es válido como ya reconoció Juliano. Pero no será válido cuando el gravado no guarde vinculación suficiente con el disponente, y así nos lo dice Paulo en D. 32.6,1: Sic autem fideicommissum dari non poterit: Si Stictus Seii factus inusu - sine hereditatem adierit, rogo det'. quoniam qui fortuito, non iudicio testatoris consequitur hereditatem vel legatum, non debet onerari, nec recipiendum est, ut qui nihil dederit, eum rogando obliget.

El fragmento no presenta problemas en cuanto a su genuinidad. Lenel substituyó el aureos decem por sestertium milia (146), pero como se ve - está modificación no altera en nada el contenido jurídico. Otra modificación, también sin importancia es señalada por Ebrard en el Index.



El fragmento incide de lleno en el problema de a quien se puede y a quien no se puede encomendar un fideicomiso. En el principium se afirma que se puede encomendar al heredero del heredero (fiduciario) (147) y en el párrafo 1º se sostiene que no puede admitirse que se obligue un fideicomiso a aquel que nada se ha dado. Algunos romanistas ven con cierta extrañeza estas dos afirmaciones. En la primera, en la que Paulo demuestra un espíritu amplio, y en la segunda, en la que el jurista se adhiere más restrictivamente al requisito de que para poder encomendar un fideicomiso, el pervenire de los bienes al fiduciario dependa de la voluntad del difunto encomendante (148).

Grosso se preguntó como puede conciliarse este límite con la admisión de una fórmula genérica como la que aparece en D. 32.9 (Marciano, 1 fidei ad quemcumque quocumque iure bona mea perveniant) (149). Y también le parece que no concuerda la afirmación que hace Paulo en D. 32.6,1 con lo que el mismo jurista dice en el principium del fragmento. Pero admitió que en D. 32.6, pr. la disposición que el jurisconsulto interpreta directamente como un fideicomiso a cargo del heredero del heredero, está formulada como una invitación al heredero fiduciario a pedir la ejecución a su propio heredero (Te, pro, Lucio Titi, ut ab herede tuo petas dari Maevio decem aureos), y esto revela un iter lógico por el cual se ha llegado a la admisión del fideicomiso directo. Posteriormente se remite a la solución que ofreció Ferrini a este problema (150). Nosotros compartimos la opinión de estos dos romanistas.

Lenel situó a continuación D. 32.8. Su principium dice: Si legatarius a quo fideicommissum datum est, petierit legatum, id tantum, quod

(147) Más generalmente enunciado en D. 32.5. 1 (Ulp. 1 Fideic.) ya citado por nosotros.

(148) Así lo hace ver Grosso en I. legati..., cit. pag. 154. Sitúa aquí Grosso el pfo. en el libro II de la monografía de Paulo, pero es un error, puesto que pertenece al I.

(149) I. legati..., pag. 154. Atribuye Grosso, suponemos que por error D. 32.9 a Marciano. Vuelve a ser Marciano el autor del mismo. En este caso no encontramos la errata repetida en las ediciones del Corpus Iuris Civilis más al uso.

(150) Teoria generale..., pags. 95 y ss. En nota (1) de la pag. 95, D. 32.9 viene atribuido a Marciano, 1 fideic. Se trata otra vez de Marciano.

per iudicem exegerit praestare fideicommissario cogetur vel, si non exegerit, actione cedere; ad eum enim litis periculum spectare iniquum est, si non culpa legatarii lis perierit.

Se hace mención en este texto a la responsabilidad del legatario gravado con un fideicomiso.

El fragmento ha suscitado serias dudas sobre su genuinidad <sup>(151)</sup>, y si le analizamos detenidamente resultan extrañas para el pensamiento clásico algunas de las afirmaciones en él contenidas. La primera parte podemos aceptarla como original. El legatario al que se encomendó un fideicomiso, si se ve obligado a reclamar el legado, solo deberá restituir al fideicomisario lo que haya obtenido en virtud de la sentencia judicial. También creemos que es clásico ad eum enim litis periculum spectare iniquum est, pues sería injusto que le afectase el riesgo del litigio. Bagtante hace el fiduciario con accionar reclamando un legado del que pocos benéficos va a obtener al estar obligado a restituirlo al fideicomisario para que además resulte responsable de los riesgos del litigio. Pensamos que en la época clásica, a no ser que el litigio se perdiese por dolo del legatario fiduciario, este no sería responsable, no le afectarían los riesgos del litigio. Y también pensamos que no era necesario que esta puntualización del dolo apareciese en el fragmento porque era sabido que de todo comportamiento doloso surgía una responsabilidad para el que así obraba.

Pernice estimó alterado desde si non hasta perierit en base a dos tipos de argumentos. En primer lugar, si la redacción fuese originaria, en vez de legatarii hubiera aparecido eius (si non culpa eius). Además creyó que era innecesario que se afirmase esto último, es decir, exigir responsabilidad por culpa al legatario. Nos da a entender que para los clásicos con que el fiduciario accionase era suficiente y que fue Justiniano quien matizó en el sentido de que si el pleito se perdía por su culpa se le podía exigir responsabilidad <sup>(152)</sup>.

(151) Entre otros romanistas que le creen alterado podemos citar a Pernice, *Leben*, II, 2,1, nota (2) pag. 130; Schulz, *Klassen-Cession - in Interesse des Cessionars oder des Cedenten in Klassischen Römisches Recht*, en SZ 27 (1906) nota (1) pag. 122; Beseler, *Rechtsg.*, 3, pag. 175; Grosso, *I legati...*, pag. 404; Sin embargo, -Kaser, *Das Römische Privatrecht*, EA. nota (64) pag. 511 parece inclinarse a la clasicidad.

Schulz admitió esta interpolación señalada por Pernice y además consideró también alterado desde vel hasta cedere. Pensó que esta frase o era una interpolación o una glosa. En su opinión, en el texto solo se planteaba el supuesto de que el legatario (fiduciario) reclamase el legado y el supuesto de la cesión de acciones es un añadido. Y esto sería así pues en otro caso no tendría sentido lo que en el texto se sigue diciendo, ¿Cómo se podría dudar que el riesgo afectase al legatario si este había cedido su acción al fideicomisario? Esta duda solo sería posible si llevase el legatario personalmente el pleito y por ello sobre la mención a la cesión de acciones (153). También Grosso consideró espuria la mención a la culpa en D. 32.8, pr. (154).

Nosotros creemos que son aceptables estas sospechas de interpolación. Los compiladores modificaron el régimen clásico dando entrada a la responsabilidad por culpa del legatario en el desarrollo del pleito. También introdujeron el supuesto de la cesión de acciones, que aún siendo clásico, no encajaba con lo que Paulo venía desarrollando.

La reconstrucción del texto nos la ofrece Beseler, y estamos básicamente de acuerdo con ella: Si legatarius, a quo fideicommissum datum est, perierit legatum, id tantum, quod per iudicem exegerit, praestare fideicommissario cogitur (vel, si non exegerit, actione cedere): ad sum enim litis periculum spectare iniunctum est (si non culpa legarii perierit) (155).

El párrafo 1º de D. 32.8, dice: Servo heredis fideicommissum utiliter non relinquitur, nisi fidei eius commisserit, ut servum manumittat.

Nos habla aquí Paulo de la inutilidad de un fideicomiso en favor de un esclavo del heredero si no se ha encomendado también a éste que lo manumita. El supuesto creemos que es claro. Al estar el esclavo in potes

(152) Vid. Pernice, loc. cit.

(153) loc. cit.

(154) Vid. Grosso, loc. cit.

tata adquiriría para su dominus, pero al ser este el mismo heredero, no tiene sentido el fideicomiso. Por ello, a no ser que el causante encomienda de la manumisión a la vez que el fideicomiso, este último será ineficaz.

Creemos que el texto no ha sido alterado y que ha llegado a nosotros en su redacción original.

El párrafo 2º de D.32.8, dice: Qui ita potuisset testator, ut, quid-  
quid ex bonis suis ad patrem pervenisset, filiae suae ita restitueret,  
ut eo amplius haberet, quam ex bonis patris habitura esset, ....  
divus Pius rescripsit manifestum esse de eo tempore scilicet testatorem  
quod post mortem patris futurum esset.

Se trata en el párrafo de unos bienes (sin determinar cuáles) de los que se ha de beneficiar una hija del fiduciario. Se planteó el problema de cuando se debía hacer la restitución de estos bienes a la hija, y se cita un rescripto de Antonino Pío según el cual la restitución deberá hacerse después de muerte al padre (fiduciario). Esto sería así porque el causante parece que deja esos bienes indeterminados ut eo amplius haberet, quam ex bonis patris habitura esset, y por lo tanto, si su finalidad era aumentar lo que fuese a recibir la hija de su padre, hasta que no llegue ese momento es lógico pensar que no debe tampoco recibir los que el causante había dispuesto para ella.

El texto nos parece substancialmente clásico.

El tercer y último fragmento que se ha conservado de este libro I es D. 40.4.56.: Si quis servo testamento dederit libertatem et directo et per fideicommissum, in potestate servi est, utrum valit ex directo an ex fideicommissum ad libertatem pervenire; et ita Marcus imperator respondit.

El testador manumite por testamento, pero expresa que la libertad puede alcanzarse por fideicomiso o directamente. Según un rescripto de Marco Aurelio el esclavo puede elegir entre la libertad testamentaria directa o la libertad fideicomisaria.

Creemos que el texto no está alterado, que es genuino, pero pensamos si no habrá una errata y los compiladores hayan consignado libro primo en lugar de libro tertio ya que parece que el fragmento encaja dentro - de este último dedicado a tratar de libertate fideicomissaria (156)

La primera impresión que hemos obtenido del análisis de estos fragmentos de Paulo es que quizás no estuvo muy acertado Lenel al presentar los bajo el título de singulis rebus per fideicommissum relicta. En el último de los examinados ya hemos dicho que incluso es posible un error por parte de los compiladores y que en lugar del libro primero su sede fuese el libro tercero (de libertate fideicommissaria). Pero hemos visto también que D. 32.6 es muy similar a D. 32.5.1 (Ulp. 1 de fideis), - y a este último Lenel lo situó bajo la rúbrica quorum fideicommissi, - item quibus fideicommissum relinqui possit (157).

Creemos que los temas tratados en estos fragmentos no son homogéneos y que es tarea difícil agruparlos bajo un mismo título. Resulta así digno culpable la simplificación unificadora a que se vio llevado Lenel en su intento de ofrecer un cuadro sistemático.

#### F) Los textos de Ulpiano.

Seguiremos con Ulpiano el mismo método que hemos utilizado con Modestino y Gayo. Es decir, no nos atendremos a los fragmentos que Lenel agrupó bajo la rúbrica de singulis rebus..., sino que examinaremos todos los que proceden de un libro completo, en este caso el libro II.

Los primeros fragmentos los intituló Lenel quemadmodum fideicommissa relinquuntur y al frente de ellos situó el breve pasaje que se encuentra en D.50.17.94: Non solent quae abundant vitare scripturas.

(156) Es cierto que la rúbrica del libro III también es obra de Lenel, - pero evidentemente el tema que se trata en este fragmento es más afín a los tratados en el libro III que a los que hemos visto del libro I. Apuntamos por ello la posibilidad, que creemos fundada, de un error compilatorio a la hora de identificar la procedencia del fragmento.

Como podemos apreciar es una laconica y tajante frase. Las cosas que abundan no suelen perjudicar las escrituras. Y esta forma de expresión tiene su explicación por el lugar en el que los compiladores colocaron este texto. El título 17 de D. 50, como es sabido, está dedicado a de diversis regulis iuris antiqui, y es título en el que los compiladores se dejaron influir por la falta de unanimidad ya mostrada por los juristas clásicos en to rno a los límites y sentido de las regulas iuris. - falta de unanimidad de la que su mejor prueba es la forma como se confeccionó el mismo (158).

Creemos que Ulpiano hizo esta afirmación refiriéndose a algún tema - relacionado con los fideicomisos. Probablemente estaría hablando de la forma en la que podían aparecer redactados los fideicomisos, palabras - empleadas por el causante, etc., y que en esta línea argumental diría - que lo que sobra, que lo que el causante ponía de más, no solía definir - lo que estaba escrito (159). Los compiladores extrajeron de su contexto el párrafo para situarlo en el lugar correspondiente del título de diversis regulis... y conferirle así un carácter de generalidad que probablemente no tendría.

Consideramos que lo que nos ha llegado no está alterado, sino que como hemos dicho, está cercenado, aislado del lugar y del iter argumental que estaba realizando Ulpiano refiriéndose a los fideicomisos o a temas relacionados con ellos.

Lenel situó a continuación los ocho primeros párrafos de D.32.11, (= Ulp. lib. II fideic.) que tratan, en general, de la validez o invalidez de un fideicomiso (forma y ocasión de su escritura, palabras empleadas, det er minación de efectos según las expresiones utilizadas por el disponente. En realidad, como veremos, lo tratado en este mismo fragmen

(157) Pal., II col., 903. En nota (3) de esa columna, nos dice que los - fragmentos que hacen referencia a quorum fideicommissi..., son del 1848 al 1853 y el 1855. Precisamente el 1853 es D.32.5.

(158) Vid. Arias Bonet, Las reglas de derecho de la Sextina Partida, en A.H.D.F. 48 (1978) pag. 178. Para bibliografía sobre la significación de las regulas en la jurisprudencia romana, vid. nota (3) pag. 165, de este mismo trabajo.

to en los párrafos 9 a 11, sigue también la tónica de calibrar frases o expresiones del disponente y lo mismo ocurre con D. 32.24, que Lenel intercaló entre los párrafos 8º y 9º.

El principio de D. 32.11 dice: Fideicommissa quocumque sermone relinqui possunt, non solum Latina vel Graeca, sed etiam Punica vel Galliana vel alterius cuiuscumque gentis.

En el párrafo se consagra la amplia libertad en cuanto al lenguaje - empleando por el causante en la confección del fideicomiso. Sobre este punto ya hemos hablado en otras partes de este trabajo. Solo recordáremos el rigor exigido en cuanto a las palabras utilizadas a la hora de disponer un legado; en latín y con frases determinadas. Del valor que se puede atribuir a esta libertad, venimos hablando a lo largo de todo este estudio.

En nuestra opinión el párrafo ha llegado a nosotros sin ninguna alteración y podemos considerarlo genuino.

D. 32. 11,1 dice: Quotiens quia exemplum testamenti praeparat et prius decedat quam testetur, non valent quasi ex codicillis cum in exemplo scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habeat et ita divus Pius decrevisse Marcianus scribit.

Ulpiano, siguiendo una opinión de Meciano que recogía una resolución de Antonino Pio, niega que valga como codicilo una minuta de testamento hecha por el testador que falleció antes de realizar el testamento definitivo; y no vale como codicilo aunque la minuta esté escrita con términos de fideicomiso.

---

(159) Nos parece demasiado libre la traducción que de este texto se hace en la edic. castellana del Digesto de los prof. D'Ors, Hernández-Tejero, etc. No es lo mismo lo que sobra no daña, que lo que sobra no suele dañar.

En el párrafo se cita a Modiano sin indicar en que libro de su obra sobre fideicomisos se encontraba esta afirmación. Lenel la situó abriendo el libro I de Quaestiones de fideicommissis, bajo la rúbrica de codicillis, entendiendo así que una parte de este libro estaba dedicada al estudio de los codicilos. Sin embargo, en la monografía de Ulpiano aparece bajo rúbrica diferente.

Se podría ver en el párrafo una restricción, un cierto límite a la ausencia de formas en los codicilos y fideicomisos. Sabemos que se llegó a admitir que si el testamento resultaba inválido, lo contenido en él podía considerarse válido como codicilo. Pero debió parecer exagerado que esto fuese también así cuando se trataba de un simple borrador de testamento, de una minuta de testamento (160). Ahora bien, debemos hacer notar que una prohibición expresa en este sentido procedió de Antonino Pio. ¿Valdría como codicilo una minuta de estas características antes de este emperador? Es posible que sí, como expresión de esa libertad de formas que poco a poco se fue restringiendo. Este párrafo puede ser uno de los que nos muestran la evolución que se fue produciendo en esta materia.

El texto nos parece substancialmente clásico.

En cuanto a D. 32.11.2, (Si ita quis scripserit: 'illum tibi commendo' divus Pius rescripsit fideicommissum non deberi aliud est enim per sonam commendare, aliud voluntatem suam fideicommittentis heredibus insinuare) Creemos que Ulpiano trató aquí de determinar los efectos que producen unas determinadas palabras del disponente. En este caso, por illum tibi commendo no se debe un fideicomiso según dispuso por rescripto Antonino Pio, porque una cosa es encomendar a una persona y otra manifestar la voluntad a los herederos del fideicomitente.

Nos hace pensar este párrafo, como también otros de los ya vistos, la multitud de cuestiones que debieron plantear los fideicomisos hasta el punto de hacer necesaria la constante intervención del princeps y -

(160) Cfr. Kaser, Das Römische Privatrecht,

nota 12, pag. 694.



del senado en su regulación. En este caso creemos que no se podía considerar válido como fideicomiso por la excesiva generalidad de las palabras del causante. ¿Cómo se puede traducir materialmente esa recomendación? Suponemos que en casos similares la persona encomendada a los herederos pretendería hacer valer de alguna forma sus presuntos derechos y que estos se tradujeran en algo concreto, y que fue necesaria la intervención del princeps para determinar que en un supuesto como el estudiado no se había dado lugar al nacimiento de un fideicomiso.

El texto, a pesar de las sospechas de Beseler (161) y Weiss (162), - nos parece substancialmente clásico.

En el párrafo siguiente (D. 32.11,3) Qua esset quis rogatus restituere portiones accepta certa quantitate, respondens est ultro petere innum fideicommissum ab herede posse, sed utrum, si volet, praecipiet restituere que portiones, an vero et si noluerit, cogatur accepta quantitate portiones restituere, propriae est deliberationis, ut sane cum quis rogatur accepta certa quantitate portiones restituere, duplex est fideicommissum unum, ut possit petere quantitatem paratam portione cedere, aliud, ut et si non petat, tamen cogatur fideicommissario restituere paratam quantitatem) trataba Ulpiano el caso de un fideicomiso en el que - el fiduciario tiene que recibir una determinada cantidad, y la posibilidad que tiene este de elegir entre deducir esa cantidad de la porción - que tiene que entregar, o verse compelido a restituir a cambio de la - cantidad.

Aunque Beseler consideró que estaba añadida toda la parte final, de sed hasta quantitatem (163) nosotros estimamos que en pensamiento recogido en el texto es substancialmente clásico. No creemos que estuviese acertado Beseler al pensar que Ulpiano decía en esta ocasión que no se podía reclamar ese fideicomiso.

(161) Missellen, SZ 43 (1922) pag. 551

(162) Lo considera interpolado en el comentario que hace a nulla revocatio tacita dei legati e dei fedecommissari nel diritto romano, de - Albertario, en SZ 45 (1925), pag. 578.

(163) Missellen, SZ 43 (1922), pag. 551.

Tampoco creemos que el texto que sigue (D. 32.11.4, Si quis ita scripserit: 'sufficiunt tibi venere vel fundus' fideicommissum est, quoniam et illud fideicommissum esse arbitramur: 'contentus esto illa re') haya sido manipulado. (164).

En este párrafo Ulpiano consideraba válido un fideicomiso aunque en las palabras del causante no se contiene una rogatio concreta. Parece ser que hubo la tendencia (y Ulpiano se encontró dentro de ella) a desvincular el fideicomiso de la necesidad de una rogatio expresa (165).

A continuación Ulpiano seguía tratando de problemas de interpretación de las palabras del disponente. El párrafo 5º de D. 32.11, dice: Si fideicommissum relictum: 'Nisi heres meus voluerit, illi decem dari volo' quasi conditionale fideicommissum est et primam voluntatem exigit - ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium heredis dicendi nolui 222.

La explicación que aquí nos da a nisi heres volo, es que se trataría de un fideicomiso como si se hubiese dejado bajo condición. Se tiende - en el párrafo, como en otros que ya hemos visto, al cumplimiento del fideicomiso a que el fideicomisario cobre, a que el fideicomiso sea eficaz.

Beseler (166) consideró que estaba alterada la mayor parte del párrafo. Lo comprendido desde quasi hasta el nolui final sería bizantino, un añadido compilatorio. Ulpiano habría dicho que un fideicomiso de esas características era nulo.

Riccobono (167), con respecto al adjetivo condicionalis estimado - por Beseler como justinianeo, señaló con razón que el mismo condicionalis aparece en Gayo IV, 119: ... ut conditionalem faciat condemnationem

(164) En contra, pero sin razones convincentes. Beseler, loc. cit.

(165) Vid. en este sentido Di Salvo, Il legato modale..., cit. pag. 256 y ss. Este autor nos explica lo que se escondía detrás de esta - tendencia, sus orígenes e inspiradores.

(166) Beiträge..., 2, 62; 3, 199; Miszellen, SZ 43 (1922) pag. 551; Miszellen, SZ 45 (1925) pag. 474.

(167) L'arbitrium b. v. ..., cit., nota (1 bis) pag. 325.

y consideró además que este tipo de construcción jurídica es ciertamente de Ulpiano (el cual dijo algo parecido en D. 40.5.46,2).

También relativo a la interpretación de las expresiones del disponente es D. 32.11, 6: Pro autem 'cum voluerit' tractum habet, quamdiu vivat is, a quo fideicommissum relictum est: verum si antequam dederit, - decesserit, heres eius praestat, sed et si fideicommissarius, antequam heres constituat, decesserit, ad heredem suum nihil transtulisse videtur conditionale enim esse legatum nemini dubium est et pendente conditione legati videtur decessisse fideicommissarium.

Se refiere aquí Ulpiano a la frase cum voluerit. A nuestro modo de ver, Ulpiano nos dice que cuando en un fideicomiso aparecen estas palabras, el fideicomiso no es condicional respecto del fiduciario (si muere sin haber decidido, el fideicomiso habrá de pagarle su heredero), pero sí lo es respecto al fideicomisario. Es decir, la efectividad del fideicomiso está supeditada a que el fiduciario decida en vida o a que premuera al fideicomisario. Quizás pueda ocurrir que no esté bien expresado, pues objetivamente puede representarse como un fideicomiso condicional ya que viene a decirse, "cobrarás si el fiduciario quiere, o también (si no quisiera) si le sobrevives".

Este párrafo ha sido objeto de estudio por parte de varios romanistas (168).

Beseler reconstruyó después de heres eius praesenti die in quod relictum est praesta mihi debeo t. Suprime, siguiendo a Mommsen el et de sed et si fideicommissarius, y considera un añadido desde el condicionale hasta el fideicommissarium final. Las razones que aduce para considerar esta parte añadida son, en primer lugar, la presencia de legatum, leganti, cuando en el resto del texto se está hablando de fideicomiso, y en segundo lugar, el énfasis de la frase nemini dubium est. Se preguntó Beseler que de donde sacó tanta seguridad el que eso escribió, Ulpiano

(168) Vid. entre otros, Beseler, Beiträge..., 2, 59; Albertario, L'arbitrium boni viri nell'onerato..., cit. page. 344-46; Schulz, Literatur, en SZ 48 (1928), pag. 695; Vasalli, Dies vel condicio, en BILR 27 (1914), pag. 236; Riccobono, L'arbitrium b.v. nel fedecommessi, cit. pag. 319.

dice tajantemente videtur, con lo cual la cuestión no estaba alejada de toda duda; y precisamente este carácter del videtur choca con el nemi-ni dubium est que demuestra una seguridad sobre el asunto que no parece que tuviese Ulpiano cuando se enfrentó con él.

Vasalli se refirió a este párrafo hablando de la intransmisibilidad de la obligación nacida de un fideicomiso condicional al heredero del - gravado, y creyó ver recogido este principio en D. 32.11,6. Pero como - del texto se deduce lo contrario, estimó que el praestat es un añadido. En su opinión es una conclusión muy brusca, y quizás no solo el praestat sino toda la frase verum si praestat fue objeto de alteración. Por - otra parte, consideró arbitraria la reconstrucción conjeturada por Besq - ler al que antes hicimos referencia. El tenor de la sentencia del jurista vendría revelado por el sed et que sigue, que implica una dirección ang - loga.

Albertario reconoció que el texto desde hoc autem hasta relictum est es correcto y afirma un principio reconocido, al menos por una parte de la jurisprudencia, también para la estipulación (169). Pero la continua - ción verum --- heres sius praestat lleva consigo una norma que contras - ta con lo que Paulo dijo que era válido para la estipulación, por lo que ha de ser considerada como alterada (aparece el praestat sin indicación del objeto). La conclusión a la que llegó es que la doctrina clásica - admitió la validez de un fideicomiso en el cual el fiduciario podía es - coger el tiempo de cumplimiento, y esto se afirmaba también en el campo de la estipulación, por lo que no constituyó un régimen de ius singula - re para el fideicomiso que lo destacase de otros negocios jurídicos. - Por ello, de estas normas no se puede deducir nada para legitimar la va - lidez del fideicomiso que se deja para su cumplimiento al arbitrium, - aunque sea boni viri, del fiduciario.

(169) Sala a colación aquí la estipulación porque Albertario, tratando de si era posible dejar fijar el momento del cumplimiento de la - obligación al gravado con un fideicomiso, acude a un texto de Pau - lo, D. 45.1.46, 2-3: Si ita stipulatus fuero 'cum volueris', qui - dam inutilem stipulationem aiunt. alii ita inutilem. si antequam - constituas, morieris, quod verum est. Illam autem stipulationem - 'si volueris dari?' inutilem esse constat.

Riccobono ve la intervención compilatoria en el empleo de legatum para referirse al fideicomiso. Mantuvo la postura de que no es posible suponer que la terminología legatum como sinónimo de fideicomissum fuese utilizada indistintamente por los últimos juristas de la época clásica (170). Considero que las diferencias existentes entre ambos institutos en época de Ulpiano eran todavía notables por la jurisdicción, por el lenguaje, por la forma, etc., que la equivalencia entre ambos términos solamente es cierta en el período postclásico, y la mesala de términos obra de Justiniano.

Sobre este último punto, al que también se refirió Beseler, creemos que es clara nuestra postura que en este caso discrepa con la mantenida por Riccobono. Nos remitimos a lo que venimos diciendo sobre la utilización por parte de algunos juristas clásicos de los términos legare, legatum sin rigor técnico. En cuanto a las otras apreciaciones, estimamos que algunas son fundadas y que demuestran la intervención compilatoria, p.e., la apuntada por Beseler en cuanto al cambio de tono videatur —nemini dubium est.

Veremos a continuación los dos siguientes párrafos en conjunto. Le tratado en ellos puede considerarse muy relacionado. D. 32.11, 7 y 8 de los que: Quamvis autem fideicommissum ita relictum non debeat 'si volueris', tamen si ita adscriptum fuerit: si fueris arbitratus 'si putaveris' 'si sentinaveris' 'si utile tibi fuerit visum' vel videbitur, debetur non enim plerum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum. (8): Proinde si ita sit fideicommissum: 'illi, si teauerit', omnimodo fideicommissum debetur, si modo meritum quasi cum virum bonum collocare fideicommissarius potuit: et si ita sit 'si te non offenderit', aequo debetur: nec poterit heres causari non esse meritum, si alius vir bonus et no infestus meritum potuit admittere.

En este caso Ulpiano no considera válido el fideicomiso dejado con la condición si volueris pero sí que son válidos los encomendados en —

(170) Legati e fideicommissi, verba e voluntas, cit., Mel. Cornil, 2, pag 352.

formas parecidas que se enumeran en el texto debido a que en estos casos el causante no da plena libertad al heredero, sino que deja como encarga do a un bonus vir. En el párrafo 8º sigue mencionando Ulpiano formas de encomendar en las que asimismo se ve la intervención de un bonus vir.

Albertario consideró que estos párrafos estaban alterados (171). Es-  
tinó que era producto de una interpolación (quamquam autem — tamen),  
integró non antes de debebitur, interpolando (non enim — relictum)  
(si modo — potuit), (omnino) y (nec poterit — admittere). Beseler  
mantuvo posiciones muy similares a las de Albertario (172).

Riccobono (173) consideró interpolado (plenum), (voluntatis), (dedit)  
(si modo — potuit), (nec poterit — admittere).

Grosso (174) llegó a una conclusión que nos parece aceptable: la re-  
ferencia al arbitrium boni viri en relación con las fórmulas si te pro-  
meruerit, si comprobaveris, etc. añadidas al fideicomiso no son clási-  
cas. Pero para el caso de un fideicomiso en el cual ita adscriptum fue-  
rit: si fueris arbitratus, si aestimaveris, si utile tibi fuerit visum,  
no se pueden poner dudas a la solución afirmativa: debebitur. También -  
omnino debetur (rechazó la interpolación del omnino mantenida por -  
Beseler y Albertario) el fideicomiso al que se hubiese añadido si te me-  
ruerit, como se afirma en el pfo. 8º.

Scuduto (175) consideró las dos hipótesis que aparecen en el texto.-  
La primera, si volueris, que tiene como consecuencia la nulidad del fi-  
deicomiso; la segunda, expresada de forma abstracta, se considera efi-  
caz en el final del pfo. 7º y recibe dos aplicaciones concretas en el  
pfo. 8º. Rechazó las interpolaciones señaladas por Beseler porque no se  
puede equiparar el si aestimaveris con el si volueris.

(171) L'arbitrium b.v. nell'operato di un fedecommesso loc. cit. pag. -  
34-343; L'arbitrium b.v. del debitore nell'adempimento della  
prestazione, loc. cit., pag. 304-305; La nullità dell'obbligo  
per indeterminazione della prestazione, loc. cit., pag. 320.

(172) Beiträge..., 3, 199.

(173) L'arbitrium b.v. nei fedecommessi, loc. cit., pag. 319.

(174) Obbligazioni, Torino 1966.

Nosotros estimamos con Torrent (176) que lo que Ulpiano quiso en estos párrafos es acentuar la diferencia entre la manifestación de una voluntad propia y la simple remisión de la aclaración de determinadas circunstancias al arbitrium boni viri.

Situó a continuación Len el D.31.24, (Ulp. lib. II fideic.). He aquí el texto: Qui quidem ita fideicommissum reliquisset: "oro restituas libertis meis, quibus voles". Marcellus putavit posse heredem et indignum praeterire, si ita: "si quos dicam putaveris", petere posse ait eos qui non offenderint, idem ait, si neminem eligeret, omnes ad petitionem fideicommissi admitti videri quasi iam praesenti die datum, cum eis relinquitur "quibus voles" nec ulli offerat, plane si ceteri defuncti sunt, superstiti dandum vel heredi eius si prius quam peteret decessit. Scaevola autem notat: si omnes petere potuerunt, cum nulli offertur, - cur non et qui decesserunt ad heredem transierunt, utique si uno petente iam eligere non potest, qui deus videtur enim Marcellus cum fideicommissum ita relinquitur "ex libertis cui volueris", arbitrari, nisi offerat cui heres velit et statim offerat sine aliquo scilicet intervallo, statim competere omnibus petitionem: cum igitur omnibus constat merito notatus est, cur superstiti soli putet dandum nisi forte antequam iustum tempus praeterat, quo potuit eligere cui potius offerat, ceteri decesserint.

Se tratan en este fragmento cuestiones parecidas a las de los párrafos anteriores. En él se recogen las opiniones, al parecer enfrentadas de Marcelo y Scaevola. La opinión de Marcelo supuso Lenel que había sido extraída por Ulpiano del libro IV de los Digesta que intituló de fideicommissis (177). La opinión de Scaevola estaría recogida en sus Notae ad Marcelli Dig. (178).

(175) Gli arbitratori nel diritto privato, en Annali Palermo II (1923) pag. 49-50

(176) Fideicommissum foëliae relictum cit. pag. 44-45; en estas páginas podemos encontrar un resumen del estado de la cuestión en la doctrina.

(177) Pal., I, col. 616, L. 174.

(178) Pal., II, col. 270, nota (5), en donde para los fr. de la obra de Scaevola nos remite a Marcelo fr. 174 que corresponde a D.31.24.

El causante deja un fideicomiso para que el fiduciario elija entre los libertos del fideicomitente quibus voles. Marcelo afirma que el heredero puede elegir incluso a uno que fuese indigno, pues ello está dentro de sus facultades. El fiduciario no tiene libertad de elección; dentro de los libertos del causante, que es su límite, puede elegir al que quiera, y, por lo tanto, también a uno que fuera indigno. Por el contrario, si el fideicomiso se dejó his quos dignos putaveris el fideicomiso solo puede ir a aquellos libertos que no ofendieron al causante. (179). El texto sigue tratando el problema de la transmisión a los herederos del fideicomisario de la acción para reclamar el fideicomiso y de las opiniones de Marcelo y Scævola al respecto, que en un momento dado llegan a ser contrarias (180).

Una vez esbozados los temas tratados, tenemos que decir que la genuinidad del fragmento es muy dudosa. Desde la alteración ya detectada por Faber que abarca desde videri hasta offerat y desde videtur hasta el final, y el quibus voles señalado por Muschko (181).

Albertario consideró interpolado sine aliquo scilicet intervallo juzgándolo un añadido superfluo (182).

Desde hinc forte hasta el final sostuvo que estaba alterado Guarneri Citati (183) siguiendo las opiniones de Faber sobre la utilización por los compiladores del verbo offero.

Riccobono (184) señaló como interpolación antequam iustus tempus practerat.

(179) Vid. la relación que de este texto con la cláusula fideicomisaria si non offenderint hace Torrent, en op. cit. págs. 47-48.

(180) Vid. también en la obra de Torrent, págs. 50 y 51 algunos aspectos relativos a este problema.

(181) Vid. Index Interpolationum.

(182) Corsus e univertitas nella designazione della persona giuridica - Studi I, nota (1) par. 103.

(183) Contributi alla dottrina della mora, Annali Palermo II (1923) pag. 211.

(184) Die Verantwortlichkeit der Straftäter und die fiktio der litiskontes teilten und Justinianischen rechte, en 32 47 (1927) nota (5) pag. 89.



Grosso, refiriéndose a la designación genérica del fideicomisario - analizó este fragmento en el que también notó repeticiones y añadiduras que denotan claramente la manipulación de que fue objeto por parte de los comisionados justinianeos (185).

Esta es, en resumen, la opinión de la doctrina sobre la genuinidad del texto. Pero lo que resulta a nuestro juicio sumamente inseguro es atribuir esos presuntos retoques exclusivamente a los comisionados justinianeos. Desde luego la parte final nisi forte --- decesserint tiene todo el aire de un añadido -ya sea prejustiniano, ya justiniano-. Pero sea lo que fuere es poco creíble que el pasaje en su conjunto haya sido fuertemente tergiversado. Quizá los puntos de vista mantenidos por Soagvøla y por Marcelo fueron resumidos procurando una exposición sintética pero tampoco es imposible el protagonismo del propio Ulpiano, sin que con ello queramos descartar manipulaciones posteriores. Lo que resultaría absurdo sería sostener que el resultado de todo ello es la aparición de principios o normas contrarias al Derecho clásico. La incertidumbre producida por disposiciones fideicomisarias como la que contiene este y otros fragmentos hubo de provocar un conjunto de tentativas interpretativas y puntos de vista dispares que estaban aún vivos en época de Ulpiano y que conservan aún su eco en la propia compilación justiniana.

D. 32.11, 9-11 (Ulp. lib. II fideic.) fueron los párrafos que Lomel situó a continuación. El párrafo 9º dice: Hæc verba: "te filii tuos ut prædica quæ ad te pervenerint, pro tua diligentia diligas et curas eorum acas, ut possint ad filios tuos pervenire". licet non satis curaverint fideicommissum sed magis consilium quam necessitatem relinquendi, tamen ea prædica in negotiis post mortem patris eorum via fideicommissi videntur continere.

Aquí parece contenerse un fideicomiso en favor de los nietos del causante. Ulpiano aclara que aunque esos términos no expresen exactamente la disposición de un fideicomiso sino más bien un consejo, puede verse un fideicomiso en favor de los nietos después de muerto el padre de -

(185) I legati..., pags. 212, 213 y notas (2) y (3) 214.

estos, la designación de los fideicomisarios es un poco dudosa, en principio, porque también es dudosa la existencia del fideicomiso (videtur continere, dice Ulpiano); pero creemos con Torrent (186) que bajo las palabras expresadas por el disponente subyace una voluntad fideicomisaria en favor de los nietos, y que dada la gran libertad de forma del fideicomiso se puede entender fácilmente este testamento como fideicomiso.

Beneler está inó alterado el texto (187). En su opinión el mismo quedaría así: (licet) non (satis expriment) fideicommissum, sed magis - consilium (—) videtur continere.

Tratando específicamente los fideicomisos, como estaba haciendo, si hubiere creído Ulpiano que lo que ahí había era un consejo, lo hubiese expresado claramente, desechando la posible existencia del fideicomiso. La cuestión debió ser dudosa y Ulpiano se inclinó, aún teniendo presente el resbaladizo del tema, por la existencia del fideicomiso rechazando la apariencia de consejo. Creemos, pues, que Ulpiano pensó que en esas palabras podía contenerse un fideicomiso, y al ser cuestión dudosa así lo expresó: videtur continere.

En el mismo plano de interpretar disposiciones del causante se mantiene D. 32.11, 10: Si filio a patre herede instituto fideicommissum relictum fuerit, et si verbum non sit ita relictum "cum pater moreretur" sed intelleri hoc possit, puta quia sic relictum est "ut relinquat - filio" vel "volo cum habere" vel "volo ad eum pertinere", defendetur in id tempus fideicommissum relictum, quo si iuris filius efficitur.

Creemos que el texto no necesita más explicación. Sigue aclarando Ulpiano los términos en que se puede encomendar un fideicomiso, dándoles una interpretación adecuada. Aquí, evidentemente, aunque el testador no

(186) Op. cit. pag. 34.

(187) Magallon, en 83 43 (1922), pag. 551

lo diga expresamente el fideicomiso se ha dejado para cuando el hijo sea sui iuris y pueda disponer de los bienes que le han sido dejados. La -  
solución no es objetable y no hay por qué pensar que se ha alterado la  
redacción Ulpiana.

Y sigue Ulpiano con la misma temática en el paragrafo siguiente D.32  
11,11, dice: Si qui ita fuerit fideicommissum relictum "si morte pa-  
tris sui iuris fuerit effectus" et emancipatione sui iuris factus sit -  
non videri defecisse condicionem sed et cum mora patri continet. quasi  
extante condicione ad fideicommissum admittetur.

Ulpiano da aquí una interpretación muy amplia de las palabras del -  
disponente para que el fideicomisario pueda beneficiarse. Es este otro  
de los párrafos en donde observamos que el jurista procura con su in-  
terpretación que el fideicomisario cobre, que el fideicomiso sea efecti-  
vo. La condición impuesta no se frustra porque el fideicomisario se ha-  
ya hecho sui iuris por un motivo diferente a la muerte de su padre.

Lenel estimó que la parte final del parrafo podría deberse a una glosa  
explicativa (183).

El fragmento situado a continuación por Lenel, intercalado entre D.  
32.11,11 y D. 32. 11,12, es D. 36.1.18, (Ulp. lib. II fideic.), en el -  
que Ulpiano analizó otros casos de validos o invalidos del fideicomiso  
según lo expresado por el disponente. Ulpiano no trató únicamente de -  
interpretar palabras o expresiones del dispo-nente, sino que se promun-  
ció también sobre los efectos de algunos fideicomisos singulares: se -  
examinan especialmente casos de fideicomisos de herencia sometidos a con-  
dición.

El principium de D. 36.1.18 dice: Ex facto tractatum est. an per -  
fideicommissum rogari quis possit. ut aliquem heredem faciat. et ane-

(183) Pal. , II, nota (1) col. 306.

tus censuit "quem" (189) quam ut aliquem heredem faciat, non posse: verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam et restituat, id est - quidquid ex hereditate sua consecutus est, ut ei restitueret.

Ulpiano ab-ordó aquí el problema de si puede rogarse por medio de un fideicomiso que alguien instituya heredero a determinada persona. Nos da cuenta de una decisión del Senado en sentido negativo, pero aclarando, interpretando favorablemente los ruegos que pudieran hacer de forma similar. El senado decidió que no se puede rogar a nadie que instituya heredero a una persona, pero que una disposición así lo que parece contener es un ruego de que se restituya la herencia a esa persona, esto es, que se le restituya todo lo que el fiduciario llegue a adquirir del causante. Esta decisión del senado creemos que sigue la tendencia que hemos apreciado en nuestros juristas. Se tiende a que el fideicomiso sea eficaz, lo que logra interpretando la disposición del causante como un fideicomiso de herencia. Eisele consideró alterada la última parte del párrafo, desde id est hasta restituere (190).

El párrafo 1º de D. 36.1.18, dice: Julianus quoque libro quadragesimo digestorum fideicommissum tale valere ait: "fidei tuae committo, ut hereditatem Titii restituas", cum esset is qui rogatus est a Titio heres institutus.

Recaba aquí Ulpiano la opinión de Juliano para dilucidar el caso controvertido. Es válido un fideicomiso en estos términos: "Te ruego por fideicomiso que restituyas la herencia a Ticio, en el caso de que Ticio instituyera heredero al fiduciario". El párrafo en sí es claro, pero mucho mejor expresado aparece en Juliano 40 digestorum, D. 36.1.28,9: Quae si Maevius te heredem instituerit et rogaverit, ut hereditatem Titii restituas, a quo esses heres institutus, et tu hereditatem Maevii adicris, perinde a te fideicommissum petetur, ac si fundum, qui tibi a Titio locatus esset, restituere rogatus fuisses... Expresa mejor Juliano los sujetos intervinientes en esta relación. Un testador, Maevio, en-

(189) Así aparece en Pal. Lenel nos dice al respecto Asteriscis in digestorum locis ea inclusi quae in codice florentino desiderantur acilicet potiora.

(190) Vid. Index Interp.

comienda a quien ha instituido heredero que restituya a una tercera persona la herencia que este heredero suyo reciba de otro testador que también le ha instituido heredero. La conclusión es que un fideicomiso concebido en tales términos es válido; y no es extraña la misma, pues creemos que no se contravienen ninguna de las normas que regulaban nuestro instituto.

El texto de Ulpiano en nuestra opinión, es original y ha llegado a nosotros sin grandes alteraciones.

D. 36.1.18,2 dice: Non tantum autem si heredes quem scripsero potero rogare, ut heredes faciat aliquem, verum etiam si legatum illi vel quid aliud relinquerem: nam hactenus erunt obligati, quatenus quid ad eos pervenit.

Sigue Ulpiano desarrollando el tema que abordó en párrafos anteriores afirmando que no solo se puede dejar un fideicomiso de que nombre a alguien heredero aquél a quien yo he instituido heredero, sino también si le hubiera dejado un legado u otra cosa, pues quedan obligados por tal fideicomiso tan solo en la medida de lo que adquirieron.

Albertario (191) estimó que el texto estaba alterado precisamente en la parte en que se habla de la obligación del fiduciario. Concretamente fue objeto de alteración el vel quid aliud y desde nam hasta pervenit. El vel quid aliud sería un añadido tardío, y posiblemente el que hizo caer del texto el ei que no debía faltar. Pero sobre todo resaltó el contraste que existe entre el singular quem scripsero — ei relinquerem, — y el plural que viene después erunt obligati — ad eos.

En contra de esta tesis, y por lo tanto de la alteración del texto — está Segré (192). Con otros planteamientos diferentes, también Bartoszek considera el párrafo genuino (193).

(191) La cosiddetta obligatio ex causa fideicommissis, Studi, III, pag. 52

(192) Vid. nota (137) pag. 279. El artículo de Albertario citado es una contestación al de Segré allí recogido.

(193) Il senatoconsulto de Trebelliano, Scritti Dedicazione Ferrini III, pag. 329.

De nuevo el problema de interpretación de cláusulas concretas ocupa el interés del jurista en el párrafo siguiente. D. 36.1.18,3, dice: - Si quis caverit: "peto ut illi des" aut "illi fideicommissum relinquant" aut "illi libertatem adscribas", admittenda sunt: nam cum in heredem institutione senatus con-suit utile, de ceteris quoque idem erit accipiendum.

Pasa revista Ulpiano a una serie de expresiones que servían para la institución de heredero y que también son válidas para encomendar un fideicomiso. Hace aquí Ulpiano una extensión en la aplicación de una disposición del senado que se refería solamente a la institución de heredero, al campo de los fideicomisos. En este párrafo una muestra más de la evolución y asimilación que sufrió el fideicomiso desde que le fue reconocida su eficacia; y en este caso la equiparación se hizo por vía jurisprudencial, y en época, hay que suponer, de Ulpiano (quizás se realizó con anterioridad y Ulpiano se limitó a recoger un estado de opinión ya existente y expresado o bien por los otros juristas autores de monografías sobre los fideicomisos, o bien en obras más generales).

Creemos que el texto es original y que ha llegado a nosotros sin modificaciones importantes.

En el párrafo siguiente la preocupación por fijar con exactitud el alcance de las palabras empleadas continua. Dice así, D. 36.1.18,4: Si quis rogatus fuerit, ut, si sine liberis decesserit, restituat hereditatem. Papinianus libro octavo responsorum scribit etiam naturalem filium efficere, ut deficiat condicio: et in libertino eodem colliberto hoc scribit, mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quaestio videbitur esse, de quolibet liberis testator senserit sed hoc ex dignitate et ex voluntate et ex condicione eius qui fideicommissit accipiendum erit (194).

(194) Apreciamos un error en la edición castellana del Digesto de los profesores D'Ors, Hdez.-Tejero, etc. Sitúan la opinión de Papiniano en el libro 11, y es el § responsorum.

Recorre aquí Ulpiano a la opinión de Papiniano 8 responsorum, D.31.77, 13: Volo praedia dari libertis meis: quod si quis eorum sine liberis - vita decesserit, partes eorum ad reliquos pertinere volo" collibertum - patris eidemque filium ex voluntate substitutionem excludere placuit.

Nos encontramos con lo que se ha denominado fideicomiso si sine liberis decesserit. Es este un fideicomiso condicional cuya condición consiste en que al morir el heredero fiduciario no tenga hijos. En caso de que este hecho se produzca, los bienes que el heredero fiduciario había recibido en virtud de la herencia, irán a parar a otra persona designada por el causante para este supuesto. Naturalmente, la voluntad del causante es que la herencia sea disfrutada por el heredero fiduciario, y después por sus hijos, pero si el fiduciario sine liberis decesserit, designaba otra persona como beneficiaria (195).

Ulpiano cita a Papiniano, para quien la existencia de un hijo natural del heredero fiduciario hace que se frustre la condición si sine liberis decesserit. El supuesto que contempló Papiniano ya lo hemos visto. El causante dispuso: "volo praedia..." la existencia de ese hijo manumitido, frustra la condición.

Ulpiano demostró más reticente que Papiniano en cuanto a admitir que la descendencia natural frustra la condición —obsérvese que en sus comentarios para nada hace referencia al caso del liberto. Se remite Ulpiano a la interpretación de la voluntad del testador respecto de a cuáles descendientes quiso referirse (y por lo tanto si se pueden incluir los naturales), y en esta interpretación habrá que tener en cuenta como elementos determinantes la dignidad, la voluntad y la condición del fideicomitente (196). Es decir, si el causante, dada, p.e., su posición social, su forma de vida, etc., ha podido referirse a los descendientes naturales.

(195) Cfr. Torrent. op. cit., pag. 52 y ss y 106 y ss.

(196) Torrent, en loc. cit. pag. 106, parece ver dos criterios para determinar si se incluye a los hijos naturales. Uno, la voluntas testatoris, y en defecto de un sentido claro de ésta, la dignidad y posición social del causante. Nosotros no lo vemos así. Estos dos últimos son datos para determinar la voluntad en caso de que sea dudosa, nunca dos criterios diferentes.

Voci parece que también reclama la voluntas testatoria para determinar si entre los hijos se incluyen también los naturales, y por ello nos dice que "solo por quæstio voluntatis se puede establecer si entre los hijos se comprenden también los naturales" (197)

Sea como fuere, Ulpiano no se atrevió a contradecir abiertamente a Papiniano para el que el hijo natural frustraba la condición si sine liberis decesserit, e introdujo todos estos sutiles mecanismos para matizar cuando este era eficaz o se frustraba.

En nuestra opinión el fragmento no ha sufrido alteraciones substanciales. Con él enlaza coherentemente el siguiente, donde se lee: Ex facto tractatum memini: rogaverat quædam mulier filium suum. ut. si sine liberis decessisset. restitueret hereditatem fratri suo: is postea deportatus in insula liberos susceperat: quærebatur igitur. an fideicommissi condicio defecisset. nos igitur hoc dicemus conceptos quidem ante deportationem. licet postea edantur. efficere. ut condicio deficiat post deportationem vero susceptos quasi ab alio non prodesse. maxime - cum etiam bona cum sua quodammodo causa fisco sint vindicanda.

En este § 5 sigue tratando Ulpiano un asunto relacionado con el fideicomiso que hemos denominado si sine liberis decesserit. Vimos que en el párrafo anterior se planteaba si el hijo natural frustraba o no la condición. En este caso se contempla el fiduciario si sine liberis que tiene descendencia estando deportado en una isla. ¿Frustra este hijo la condición? En el párrafo se distingue: -los concebidos antes de la deportación, aunque nazcan después, hacen que se frustre; -los habidos - después de la deportación, no.

Sobre este texto han recaído sospechas de alteración. Deserteaux pensó que en el texto Ulpiano nos daba una solución y dos motivos. La solución formulada como una regla: Nos igitur hoc dicimus..., en su opinión es justinianea. Como ya había advertido Faber (Vid. od. Mommsen-Krüger del Dig.) De las motivaciones que llevan a la solución, consideró inter-



polada la frase maximo cum — vindicanda. También le pareció que procedía del derecho justinianeo la idea bastante vaga de que el deportado, después de su condena, era un quasi alius (198).

Nosotros creemos que se pueden apreciar retoques en el párrafo. El énfasis del nos igitur hoc dicimus tiene trazas de ser justinianeo, pero no creemos, como pensó Descartaux, que sea muy aventurado el intento de descubrir la solución Ulpiana. Creemos nosotros que no sería muy diferente de la que aparece en el párrafo. Y no hay por qué comparar al deportado con el muerto, pues con su situación ya es suficiente. Vimos que los deportados no podían heredar a nadie y nadie podía heredarles a ellos; se les prohibía adquirir cosa alguna por causa de muerte, como dejar nada a nadie mortis causa; sus testamentos eran declarados nulos. (199) Y vimos también que todo ésto estaba vigente en época de Ulpiano. Por ello creemos que en un caso de deportado fiduciario si sine liberis decesserit su solución al respecto de un hijo nacido durante la deportación no podía ser muy diferente de la que estamos analizando.

Albertario señaló también los retoques justinianos ya apuntados, pero dirigiendo su investigación a objetivos diferentes a los de Descartaux. En su opinión, aquí los comisionados justinianos equipararon a los hijos concebidos antes de la deportación sin distinguir si han sido vulgo concepti o concebidos ex iustis nuptiis (200).

En el párrafo siguiente vuelve Ulpiano a recabar la opinión papiniana (Cfr. D. 31.77, transcrito más adelante). D. 36.1, 18, 6, dice: Si quis rogatus fuerit filius quis vel cui ex his voluerit restituere hereditatem Papinianus libro octavo responsorum etiam deportato ei tribuit eligendi facultatem. cui liber factus fideicommissum restitui velit. — sed si servus poenae fuerit constitutus, nullo ante concepto filio iam parere conditioni non poterit decessisseque sine liberis videtur sed — cum decessit, electionem illam quam Papinianus deportato dedit, huius dari non oportet.

(198) Descartaux, Études sur la formation historique de la capitis deminutio, II, Paris 1919, page. 400-401.

(199) Page. 154 y ss.

Se trata en el texto de un ruego hecho al fiduciario para que restituya la herencia que reciba a sus hijos o al que quiera de ellos. Papiniano concede esta facultad de elegir al fiduciario aunque esté deportado, pero Ulpiano opina que si el fiduciario quedó como siervo de la pena no se le debe conceder la facultad de elección que Papiniano concedió al deportado (201).

Vamos a ver a continuación lo que Papiniano dijo sobre esto: Hereditatem filius cum moreretur filius suus vel qui ex his voluisset restituere fuerat rogatus quo interea in insulam deportato eligendi facultatem non esse poena poenitentia placuit nec fideicommissi condicionem ante mortem filii heredia existere viriles autem inter eos fieri qui eo tempore vixerint, cum de illis eligendi potestas non fuerit.

El texto de Ulpiano ha sido considerado espurio. Albertario estimó - que estaba manipulado nullo ante concepto filio, y desde sed cum decessit hasta oportet, y propone después del qui liberorum en vez de liber factus. La innovación substancial pertenece a los justinianeos quienes, después de constitutus insertaron las palabras nullo ante concepto filio demostrando con ello que así tratan del mismo modo al deportatus y al servus poenae y demostrando al mismo tiempo no querer hacer ninguna distinción entre los hijos concebidos ante deportationem o ante servitutem y nacidos después de la deportatio o la servitus (202).

Nosotros no vemos en el texto esa igualdad de tratamiento que creyó ver Albertario sino más bien todo lo contrario. Ulpiano trató de que así no fuese y que lo que en opinión de Papiniano les estaba permitido a los deportados no fuese de aplicación a los siervos de la pena. Del texto, en nuestra opinión, tampoco se puede extraer la conclusión de que -;

(200) Albertario, Conceptus pro iam nato habetur, en Studi, I, pag. 36

(201) D'Ors, X., en A propósito de los fideicomisos quibus volens et si si ne liberis decesseris, en S.D.H.I., 45 (1979) pag. 269 y ss. expone la interpretación tradicional de este fragmento y las discusiones que el mismo ha suscitado en parte de la doctrina.

(202) Conceptus pro iam nato habetur, loc. cit., nota (1), págs. 34-35. Un más amplio panorama de las críticas de que ha sido objeto el fragmento nos ofrece D'Ors, X., op. cit., en nota ant., págs. 27-71.

los justinianos no querían hacer ninguna distinción entre los hijos cogitados ante *deportationem* o ante *servitutes* y los nacidos después de la *deportatio* o de la *servitus* porque en el supuesto no se alude para nada a estos últimos, y no por afán equiparador, sino porque lo tratado no les afecta a ellos. Los únicos hijos contemplados, a nuestro modo de ver, son los habidos por el fiduciario ante *deportationem* y ante *servitutes*. Toda referencia a los hijos habidos post *servitutes* sería forzada y en ningún caso podría extraerse una conclusión de equiparación de tratamiento.

Xavier D'Ors (203) nos ofrece una interpretación del texto que debe ser tomada en cuenta. En su opinión "Ulpiano parece estar pensando aquí en el cumplimiento de la condición 'si sine liberis decesserit' por parte del *servus poenae*. Cuando éste no ha tenido hijos antes de la condena entonces se entiende (*videtur*) que (sine liberis decessit). De este modo, esa indeterminada condición a la que Ulpiano se refiere (... iam parere conditioni non poterit...) es precisamente la de si sine liberis decesserit."

Nos limitamos solamente a señalar esta opinión sin entrar a fondo en el análisis que realiza de los fragmentos de Papiniano y de Ulpiano que creemos que no están exentos de posibles divergencias con nuestro punto de vista, aunque admitimos con él que el fragmento d debe considerarse atendiendo a los que le preceden y siguen y nos parece también coherente con su interpretación la propuesta de corrección del comienzo del § 6. (204).

La filiación incierta o frustrada es de nuevo tomada en cuenta (§ 7) a propósito de la validez del fideicomiso. He aquí el texto: Si quis autem successerit quidem filius, verum vivus esset, videbitur sine liberis decessisse, sed si non fructus vel rursus vel adgressu vel quo alio modo simul cum patre perierit, an condicio defecerit, videamus, et mo-

(203) Op. cit., pag. 273.

(204) Op. cit., pag. 286, según la cual el § 6 debería comenzar en el inicio del tratamiento de la incidencia de la *servitus poenae* en la condición si sine liberis decessisset, es decir, antes de sed si servus poenae fuerit constitutus...

ria non defecisse arbitror, quia non est verum filium eius supervixisse, aut igitur filius supervixit patri et extinxit condicionem fideicommissi, aut non supervixit et extinguit condicio: cum autem, quis ante et - quis postea decesserit, non apparet, extitisse condicionem fideicommissi magis dicendum est.

Se plantea Ulpiano en este párrafo fundamentalmente los problemas - de la premoriencia y de la consorciencia en los supuestos de un fideicomiso si sine liberis decesserit. Como es lógico pensar, en un fideicomiso sometido a esta condición, pueden tener mucha trascendencia las situaciones abordadas por Ulpiano. Si alguien (heredero fiduciario, nos dice Ulpiano), tuviera un hijo pero éste hubiera muerto, parecerá que - esa persona ha muerto sin descendencia. Se plantea posteriormente el - problema de la consorciencia. Se pregunta Ulpiano si se frustra la condición cuando el hijo murió a la vez que el padre en un naufragio, derrumbamiento, etc., y estima que no, pues no es cierto que haya sobrevivido un hijo. Pues, o sobrevivió el hijo al padre y se extinguió la condición del fideicomiso, o no sobrevivió y se cumplió la condición. Concluye - que como no es claro quién murió antes y quién después, vale más decir que se cumplió la condición del fideicomiso, lo que equivale a suponer que murió antes el hijo que el padre.

La doctrina parece admitir que los textos del Digesto en los que se establece la presunción de precedencia en la muerte de personas que han perecido en una misma catástrofe están alterados por los comisionados - justinianos. Con estas presunciones se evitaba la incertidumbre en cuanto al destino del patrimonio de los fallecidos (205). En este sentido, Ferrini consideró interpolado desde aut igitur hasta dicendum est. (206) Beseler (207) estimó que además también era obra compilatoria vel adre-  
ssu vel quo alio modo.

(205) Cfr. Arias Ramos, Derecho Romano, cit. pag. 83

(206) Le presunzioni in diritto Romano, Opere 3, Milano 1929, page. 466.

(207) En Miszellen, SZ 43 (1922) pag. 552; Romanistische Studien, en TR. 10 (1930), pag. 187.

Admitimos el retoque justinianeo para ajustar la presunción de que - trataba el texto a los nuevos enfoques de la misma, pero evidentemente Ulpiano expondría aquí el pensamiento clásico sobre este problema. Ahora bien, no podemos dejar de señalar que nos extraña que el texto, habiendo sido retocado por Justiniano, no contenga el célebre principio justinianeo sobre la premoriencia (D.34.5.9 (10)4; Cód. 22 (23) y eod. 23 (24).

El párrafo 3º y último de D. 36.1.18, dice: Si quis ita fideicommissum relinquerit: "fidei tuae, fili, committo, ut, si alieno herede morieris, restituas. Sola hereditatem" videri eum de liberis pensasse dixeris. Pius rescripsit: et ideo, cum quidem sine liberis decederet, avunculum ab intestato bonorum possessorem habens, extinguitur condicione fideicommissi rescripsit.

La rogatio que efectúa en este supuesto el causante al heredero fiduciario es que si este muriese con un heredero extraño (por extraño de hemos entender que no pertenece a su familia), restituya la herencia a Suyo. Es este uno de los textos en los que ve Torrent los orígenes clásicos de la ley cum avus. Observa aquí una referencia clarísima a los liberi. La dirección jurisprudencial representada en este caso por Ulpiano, y la imperial, piensan en la descendencia, en los liberi, y esta dirección imperial arrancarí de Antonino Pío de quien se cita un rescripto en el párrafo (208).

Beseler (209) consideró interpolada la última parte, desde et ideo - hasta rescripsit. Nosotros no alcanzamos a ver sus motivos.

Los párrafos siguientes, D. 32. 11, 12-13, aparecen en la Palingenesia ya bajo la rúbrica De singulis rebus per fideicommissum relictis.

Estos dos párrafos tratan de otros casos de validez o invalidez del fideicomiso según el contenido de la disposición y la conducta observada por el disponente.

(208) Fideicommissum familiae relictum, cit. pag. 115. Sobre la ley cum avus, vid. Iglesias Santos, En torno al fideicomiso familiar católico, en Estudios, págs. 173 y ss.

(209) Miszellen, en FZ 45, (1925) pag. 476.

Se dice en ellos: Si rem quam testator legaverit easque necessitate urgente alienaverit, fideicommissum peti no-ss. nisi probetur adimere si testatorem voluisse probationem autem mutatae voluntatis ab heredi-bus exigendam, (13): Exco et si nomen quis debitoris exegerit, quod - per fideicommissum reliquit, non tamen hoc animo, quasi vellet extingue-re fideicommissum poterit dici deberi: nisi forte inter haec interest - hic enim extinguitur in ea constantia debiti, ibi res durat, tametsi alie-nata sit, cum tamen quidem nomen debitoris exegisset et pro deposito - pecuniam habuisset, putavi fideicommissi petitionem superesse, maxime - quia non in ea exegerat, sed debitor ultro pecuniam optulerat, quam offe-rente ipso non potuit inopem accipere, paulatim igitur admitteretur, etsi ex hac parte pecuniae rem comparaverit, quam non hoc animo exegit, ut - fideicommissarium privaret fideicommissum, posse adhuc fideicommissi pe-titionem superesse.

La primera impresión que nos producen estos párrafos es que el lega-vari que aparece en el § 12 no está utilizado en un sentido técnico, como se prueba en el § 13 que no es más que un desarrollo del § ante-rior. (210)

Se hace referencia en ellos a la cosa dejada en fideicomiso y luego enajenada por el encendedor apremiado por la necesidad. ¿Se puede pe-dir el cumplimiento del fideicomiso o se debe entender que el testador había revocado el mismo?

Estos párrafos han sido objeto del estudio atento de algunos romanis-tas (211) tanto en su contenido como en sus alteraciones meramente for-males.

(210) No nos convence la traducción que aparece en la edición castella-na del Digesto de los prfo. D'Ors, Hernández-Tejero, etc., pues - conduce a admitir un legado donde como decimos: más adelante, no creemos que este exista. La traducción literal puede pues inducir aquí a confusión.

(211) Entre otros, Messina-Vitrano, Sulla dottrina romana della revoca-tacita dei legati e dei fideicommissi, en Annali Palermo, 3/4 (1917) pag. 14-15, 28 y ss, etc; Ancora sulla dottrina romana della revoca-tacita dei legati e dei fideicommissi, en Annali Palermo, 6 - (1920), pag. 197. Albertario, Sulla revoca tacita dei legati e dei fideicommissi nel diritto romano, en Studi IV. pag. 43

La doctrina contenida en el párrafo 12 viene a expresar que el legado o el fideicomiso son válidos si la enajenación de la cosa legada o fideicomitida se había hecho necessitate urgente; sin embargo, serían nulos si el disponente había enajenado mera voluntate. En el primer supuesto, se presumía la voluntad conservadora por parte del disponente - del legado o del fideicomiso, y, por el contrario, en el segundo supuesto se presumía una voluntad revocadora.

Las trazas de haber sido interpolados son evidentes: no solamente el nisi forte, de claro sabor justinianeo, y el nisi — exigenda son los datos que nos indican esta circunstancia. Existen muchos más que son estudiados por los autores que citamos que a su vez proponen reconstrucciones de los mismos.

Pero no queremos dejar de subrayar lo concerniente al legaverit. Una opinión ampliamente generalizada es la de que el legaverit es producto de una interpolación, siendo la expresión originaria, per fideicommissum relinquerit (212). En este problema de la utilización de los términos — legaverit, legatum, etc., por los juristas clásicos, ya hemos expuesto nuestra opinión. Creemos que no en todos los casos estos términos son producto de interpolaciones sino de un uso no técnico de estas expresiones. Entre los romanistas hemos encontrado dos posiciones. Una es la que mantiene que en donde aparecen nos encontramos ante una alteración compilatoria. La otra, que fue abandonada por algunos de sus sustentadores para engrosar las filas de la anterior, sostenía que en el tardío derecho clásico se tendió a fundir legados y fideicomisos, y que a este intento respondió la asimilación de conceptos y el uso de estos términos.

(Continuación nota 211) 53, 54-55 y 60. Gradewitz, Interpolationen in den Pandekten, Berlín 1887, pag. 216. Riccobono, Legati e fideicommissi, verba e voluntas, en Melanges Cornil, 2, pag. 353. Appleton, Les négations intruses ou omises dans le manuscrit des Pandectes Florentines, en N.R.H. 40 (1916) pag. 47. Kasor, Das Römische Privatrecht, cit. I, 2ª ed. nota (13) pag. 755. Voel, Diritto ereditario..., en varios lugares, Koschaker, L'allienazione della cosa legata, Conferenze Romanistiche, Milán, 1940, pag. 92 y ss.

(212) Vid. entre otros Albertario, y Mossina-Vitrano, Koschaker, locs. citas.

La primera de las posiciones expuestas, en nuestra opinión es muy exagerada. Solamente en alguna de las ocasiones en que aparece legaverit legatum, etc., estamos en presencia de una auténtica interpolación. En cuanto a la segunda, aunque es evidente que esa tendencia unificadora - existía, consideramos que todavía las diferencias entre ambos institutos eran muy importantes para que con intención y técnicamente expresándose, utilizasen los juristas un término por el otro.

Nuestra opinión ha sido ya expuesta. Creemos posible que ya en la época clásica se utilizasen esos términos sin rigor técnico abarcando a los legados, fideicomisos, e incluso a las donationes mortis causa (D. 32.87, Paulo 4 ad legem Iuliam et Papiam) La capacidad de absorción de los praetores fideicommissarii, respecto de cuestiones relacionadas con las posiciones mortis causa, debía ir en aumento y muchos litigantes - acudirían a la jurisdicción de aquellos aún cuando en las cláusulas de las que arrancaba el conflicto se hablara de legare o legatum. Es muy presumible que tal práctica acabase influyendo en la literatura jurídica, especialmente en aquella que más contacto tenía con la actividad de esa especial magistratura.

Lenel situó a continuación D. 32.11, 14: Si quis illicite aedificasset, id est hoc quod dixi constitutiones iubent, an fideicommissum relinquere ex eo quid possit, videamus, et puto non esse, cum enim derui necesse sit, nulla dubitatio est, quin senatus consultum impedimento non sit.

Este párrafo hace referencia a una cosa concreta objeto de un fideicomiso: un edificio. El problema está en saber si puede ser objeto de - un fideicomiso un edificio edificado ilegalmente y por ello, según las constituciones imperiales, de los que se deben derribar. Ulpiano trató de que el fideicomiso sea eficaz, estimó que sí que podía ser objeto de un fideicomiso un edificio en tales circunstancias y que cuando haya que derribarlo, no será obstáculo el senadoconsulto que prohíbe los derribos. Se hace referencia en el texto a unas constituciones imperiales que disponían el derribo de ciertos edificios, y a un senadoconsulto - que prohibía los derribos. Los senadoconsultos que prohibieron los derribos, según las noticias que a nosotros han llegado, ( 21 ) no contem-



plaban un supuesto como el que nos expone Ulpiano, por lo que, como se dice en el texto, no suponen obstáculos alguno para derribar el edificio aludido.

Creemos que el texto no ha sido alterado y que ha llegado a nosotros en su redacción original.

El fragmento siguiente es D. 30.42, y nos sorprende por su reducida dimensión. Solamente dice: Sive scit. sive ignoravit. Lenel lo reconstruyó teniendo en cuenta el fragmento que procede en el Digesto, y basándose en el último párrafo de D. 30.41, nos propuso: (Si heres rem per fideicomissum), sive scit sive ignoravit.

El fragmento en sí es de difícil encaje por su brevedad. En la reconstrucción de Lenel se dice que si el heredero unió al edificio la cosa dejada por fideicomiso, no se extingue éste, tanto si lo sabe (debemos suponer que se refiere a que las cosas que unió al edificio son objeto de un fideicomiso) como si lo ignora.

En el fragmento D. 30.41, que pertenece a los comentarios de Ulpiano a Sabino, libro 21, Ulpiano se enfrentaba con la validez de legados que afectaban a ciertas partes de los edificios. Se ve que están detrás una serie de disposiciones (senadoconsultos, constituciones imperiales) que volan por la conservación de las ciudades. Tales disposiciones prohibitivas recaerían tanto sobre los legados como sobre los fideicomisos y por ello los dictámenes de Ulpiano harían referencia a los dos institutos. Esto llevaría a los compiladores a ensanblar entre los fragmentos

- (213) Aquí Ulpiano hace referencia a constituciones imperiales que imponían la demolición de lo edificado ilegalmente y también al SC. - Heredario de la época de Claudio. De este, aparte de su texto - que se ha conservado procedente de una inscripción latina descubierta en Herculano, tenemos noticias en D. 18.1.52 (Paulo 54 ad ed.), y C. 8. 10.2 (constitución de Alejandro Severo del año 222 p.c.) Conociendo el contenido del SC. Heridiano gracias a tales fuentes no puede extrañar que Ulpiano señalase aquí su irrelevancia. Vid. May, Les senatusconsultes Heridien et Valueron, R.H.D. 14 (1935) págs. 1-25, en donde se hace una exposición completa de los hechos delictivos contemplados por el SC las sanciones en caso de violación de sus disposiciones y casos de no aplicación. - Vid. tb. Arias Bonet, sobre el SC Heridiano en ANDE 50 (1980) - pag. 375-382.

41 y 43 procedentes de los comentarios de Ulpiano a Sabino, este pequeño texto extraído de la monografía sobre los fideicomisos.

Sobre la genuinidad de este exiguo texto, solo podemos referirnos a su evidente mutilación.

Lenel situó a continuación D. 32.11.15: Si heres rogatus sit certam sumam usuria certis fascori dare, utile est fideicommissum: sed l'acclam putat non alias credendum credere, quam idonee ei caveatur: sed ego melior sunt, ut putam cautionem non exigendam.

El párrafo ya fue objeto de nuestro análisis cuando nos detuvimos en Meciano y nos remitimos a lo allí expuesto (214).

A continuación Lenel formó un pasaje (1864) con tres fragmentos diferentes (D. 32.11. 16; D. 30. 40, y D. 32.11.17) Tendría presente Lenel la clara relación que existe entre ellos para ofrecernoslos agrupados.

D. 32.11.16, dice: Si servus alieno militia relinquatur an domino quaeratur legatum, quaeritur, et aut scit servum esse, et dico aestimationem deberi: aut ignoravit, et denegari fideicommissi persecutio debet, quia si scisset servum, non relinqueret.

En este caso se hace depender la validez del fideicomiso del conocimiento por parte del disponente de las circunstancias que se dan en el beneficiario.

Las opiniones en cuanto a su genuinidad son contradictorias. Expondremos aquí algunas de ellas.

Donatuti señaló como interpolado legatum y toda la frase que va desde et aut hasta relinqueret (215) haciendo ver la falta de sujeto a scit y a ignoravit, y el brusco paso del discurso indirecto al directo en la misma frase.

(214) Vid. pgs. 231-232.

(215) Del regime dei verba al regime della voluntas, en BDIR 34 (1925) nota (1) pag. 203.

Marchi (216) también advirtió que el texto presentaba trasas evidentes de estar interpolado. Prescindiendo de la falta de sujeto en el segundo periodo, Ulpiano, en su opinión, no pudo escribir legatum tratándose, como se trataba en el supuesto examinado de un fideicomiso, no es lo porque el fragmento deriva del libro II fideicommissorum, sino también porque ello resulta evidente en el mismo texto cuando dice et donari persecutio fideicommissi debet (217). Pero a su vez creyó que no es improbable que el texto no haya sufrido mutaciones substanciales desde el punto de vista jurídico, y, al contrario que Donatutti, consideró genuina la parte final et donari — non reliquisset. Sus argumentos sobre la interpretación del texto los sucribimos. Creemos que en él se tiene en cuenta la incapacidad del siervo para la adquisición del fideicomiso. El siervo es por sí incapaz de toda adquisición y por ello el legado o fideicomiso hecho a su favor se entiende hecho en favor de su dominus. Pero además, en este caso hay que tener en consideración el carácter rigurosamente personal del derecho a un cargo o función civil (una militia). Ante esto, el fideicomiso debe considerarse nulo porque el dominus no puede adquirir la militia por el carácter estrictamente personal que la caracteriza, y tampoco puede adquirirla el esclavo, por que carece de la capacidad necesaria.

Ulpiano evitó esta rigurosa aplicación de los principios relativos a la incapacidad del esclavo y al carácter personal del legado. Nosotros creemos que esta actitud responde también a la tendencia que venimos observando en los juristas estudiados dirigida a que los fideicomisos se cumplan, y que se de así cumplimiento a la voluntad del disponente. La solución dada por Ulpiano, en opinión de Marchi que compartimos, es la siguiente: la militia, por su venalidad, tiene también un valor de cambio y, por otra parte, tratándose de un fideicomiso, es posible una benigna interpretación de la voluntad del testador. Si el testador sabe que el fideicomisario es un siervo y pese a ello le deja la militia

(216) I testi delle Pandette relativi alla vendita e al legato della militia, AG. 76 (1906), pag. 310-311.

(217) No queremos incidir de nuevo en los argumentos que venimos exponiendo a lo largo de todo el trabajo al respecto del uso técnico y vulgar del término legatum. A ellos nos remitimos.

no puede sostenerse que haya querido escribir una disposición nula, ni que ignore que el ius militiæ no puede adquirirse ni por el esclavo ni por el dominus. No cabe más remedio que decir que el testador quería referirse más que a la adquisición efectiva de la militiæ, al valor de la misma y atribuir éste al dominus como una adquisición patrimonial cualquiera. Si, por el contrario, el disponente ignora que se trata de un servo, falta el fundamento para la interpretación benigna de su voluntad en el sentido de no admitir que el testador hubiese escrito conscientemente una disposición ineficaz, y no queda otra solución que negar la persecutio fideicommissi.

El fragmento D. 30.40, conectado con D. 32.11,16 según la reconstrucción leneliana, dice así: Sed si res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei cui ius possidendi non est per fideicommissum relinquatur tuto aestinationem deberi.

Se trata aquí de un fideicomiso cuyo objeto es una cosa que no es del fiduciario y que este no puede adquirir por carecer de ius commercium. - Se deberá entregar la estimación, se trata otra vez más de conseguir - que el fideicomiso sea eficaz, procurando que se cumpla de la mejor forma posible la voluntad del causante. Si el fiduciario no puede entregar lo que le encomendó el causante por los problemas que se mencionan, deberá entregar su estimación, con lo cual el fideicomiso se cumple.

El fragmento, sin embargo, ha planteado problemas de interpretación. Grosso, tratando de la ausencia de commercium en el legatario (218) afirma que la misma regla que era de aplicación para los legados, debía ser de aplicación para los fideicomisos, es decir, que el fideicomiso sería nulo cuando tuviese por objeto la dación de una cosa de la cual el fideicomisario no tuviera el comercio. Hace ver las grandes dudas que planteó D. 30.40, y las soluciones que se han propuesto, entre las cuales la más admitida es la supresión del non posterior al possidendi - (219). Sin embargo, sin excluir que pueda haber un error en el fragmen-

(218) I legati... cit. pag. 242-244.

(219) Supresión esta ya propuesta por Cuyacio. Vid. tb. al respecto, - Appleton, les negationes intrusæ ou omisæ..., cit. pag. 34-35.

to y que tenga razón la corriente que lo señala, teniendo en cuenta que para el fiduciario se habla de comercium non habere y para el fideicomisario de ius possidendi non esse, y poniendo en relación el fragmento, como hizo Lenel, con D. 32.11,16 que le precede y D. 32.11,17 que le sigue, admite como posible una solución como la ofrecida por Ulpiano en el texto.

Nosotros creemos también en la genuinidad del mismo. En él trató Ulpiano de salvar las dificultades existentes para que el fideicomiso fuese eficaz. Y la estimación se deberá, tanto si el fiduciario carece de ius commercium como si el fideicomisario ius possidendi non esse.

En cuanto a D. 32.11,17, (Ex his apparet, cum per fideicommissum aliquid relinquitur, ipsum praestandum quod relictum est: cum vero ipsum praestari non potest, aestimationem eius praestandam.), enlaza muy bien como vemos, con D. 30.40. Cuando se deja algo por fideicomiso, nos dice Ulpiano, debe entregarse lo que se dejó, y cuando no se puede entregar, debe darse la estimación.

Con la entrega de la estimación de la cosa fideicomitida se consigue que se cumpla lo más adecuadamente posible la voluntad del causante.

Nos parece que el texto puede considerarse genuino a pesar de las sospechas que levantó en Bechler (220).

Siguiendo el mismo orden del Digesto, Lenel situó a continuación en su Palingenesia los §§ 18 y 19. El párrafo 18 dice: Si quis decem aliqui per fideicommissum reliquerit, et si perdidisset id quod testamentis relictum est, rursus ei reliqueri, quaerebatur, an sequens fideicommissum valeat vel an exigere heres debeat cautionem salva fore decem nec cogatur ad praestationem, et an, si saepius perdidisset, saepius ei

(220) Reitrace..., I, pag. 59. Le parece extraño que de un caso particular se pueda derivar una regla general. Comprendemos, pero no compartimos sus dudas. El jurista pudo muy bien, después de examinar algunos supuestos específicos, elaborar sus conclusiones.

sarciretur fideicommissum. divus Pius rescripsit penne cautionem exigendam et non amplius quam semel. postquam perdidisset. praestandum non - omnia onerandum est heres. ut in infinitum. quotiens. perdidit. restituere ei tantumdem debeat. sed ut per fideicommissum posterius duplicata eius legata videantur nec amplius ad periculum heredis pertineat. si quid postea is consumpserit exsoluto et posteriore fideicommissum.

Hace referencia el párrafo a la reiteración del fideicomiso en previsión de la pérdida del primer dinero encomendado. La cuestión planteada era si valía el segundo fideicomiso o si debía pedir el heredero fiduciario caución de que no se perdería la cantidad encomendada. Acude Ulpiano a un rescripto de Antonino Pío que disponía que ni debía exigirse la caución ni debía entregarse el fideicomiso más que una vez después de haberse perdido la cantidad pues no debía gravarse al heredero con tener que restituir la cantidad indefinidamente, tantas veces como el objeto del fideicomiso llegara a perderse, sino que se entiende que por el segundo fideicomiso se duplica lo legado y ya no afecta más al riesgo del heredero si volviera a consumir la cantidad después de cumplido el segundo fideicomiso.

Esta solución de Ulpiano está en relación con otra similar que el mismo jurista (79 ad edic.) nos ofreció en D. 36.3.1, 11, en la que se recoge también el rescripto de Antonino Pío. El rescripto, dirigido a Iunio Mauricio, dice así: Clodia Fructulo secundum ea, quae opistula continentur, legata sive fideicommissa ex testamento Clodii Felicia praestari debent citra necessitatem cavendi nihil ex eis diminuturum esse. nam quod fidei heredis ab eodem testatore commissum est. ut si Fructulus perdisset quod ei in testamento relictum est rursus heres ei id restituere non eo pertinet. ut aut Fructulo priorum legatorum nomino satisfactio - iniungenda aut oneranda sit heres in infinito. ut quotiens is perdidit restituere in tantumdem debeat. sed ut per fideicommissum posterius duplicata legata eius videantur nec amplius ad periculum heredis pertineat si quis postea is consumpserit ex soluto et posteriore fideicommissum (221)

(221) Lenel nos remite a 61 en nota (1) col. 908. El rescripto recogido en D. 36.3.1, 11 y el recogido en D. 32.11, 18, son el mismo, en opinión de Lenel. Nosotros también creemos que es así.

Como vemos, se trata del mismo rescripto en los dos casos, en uno de ellos ofrecido con más detalles específicos del asunto a que se refería, y en el otro (D.32.11,18), limpio de toda alusión al caso concreto para el que fue dictado, pero recogiendo lo que en él ha de válido para todos los casos similares que se pudieran plantear.

Es este uno de los párrafos citados por Trifone (222) en los que, en su opinión, se aprecia la incertidumbre que produjo en el lenguaje la equiparación de legados y fideicomisos. Según sus palabras, los casos de legado se confundieron con los de fideicomiso. Nosotros no apreciamos en este párrafo ninguna ambigüedad en el lenguaje ni vemos que casos de legado se pudieron confundir con los de fideicomiso.

En cuanto a su genuinidad, creemos que en lo fundamental se le puede considerar clásico. Baseler (223) señaló como interpolado id quod testamento relictum est y no cogatur ad praestationem.

El párrafo 19 de D. 32.11, dice: Item si quis certam quantitatem cui reliquerit et addiderit facilius hanc summam posse compensari, cum debitor sit fideicommissarius ex causa hereditatis Gaii Seii, nec velit ille hereditatem adire Gaii Seii, sed petat fideicommissum: imperator noster contra voluntatem eum testantis petere fideicommissum rescripsit cum in fideicommissis praecipue spectanda servandaque sit testatoris voluntas.

No contempla aquí la posibilidad de pedir el fideicomiso aunque no se cumplan las previsiones del testador y precisamente por voluntad del fideicomisario que se niega a adir una herencia de otro. Ulpiano hace alusión a un rescripto de Caracala (imperator noster) en donde se afirma el valor que en el campo de los fideicomisos debe tener la voluntad del testador, valor muy considerable según lo que se nos dice: cum in fideicommissis praecipue spectanda servandaque sit testatoris voluntas.

(222) Voz Fidecommesso (Diritto romano), en Novissimo Digesto Italiano, VII, 1961, nota (3), pag. 191.

(223) Beiträge ..., 2, pag. 51

Un dato que, en nuestra opinión, viene a probar la extensión de los fideicomisos en el campo del derecho testamentario y las dificultades surgidas en su regulación son estas constituciones imperiales y senadoconsultos que vamos encontrando a lo largo de nuestro estudio, que a su vez explican también la aparición de esta literatura monográfica.

En cuanto a la originalidad del texto estudiado pensamos que es substancialmente clásico y que no fue objeto de manipulaciones de importancia.

En su reconstrucción de la obra Ulpiana, Lenel situó a continuación D.33.1.14: Si cui annua fuerit relictum sine adiectione summae, nihil videri huius adscriptum Mala sit: sed ex verior Nerva sententia, quod testator praestare solitus fuerat, id videri relictum: si minus, ex dignitate personae statui oportebit.

Aborda el texto un problema de estimación de cuantía. Se plantea la validez o invalidez de un fideicomiso en donde no se fija la cuantía, y se aprecia una disparidad de criterios entre los juristas. Pomponio Mela, por un lado, sostiene la invalidez de un fideicomiso encomendado de tal forma. Nerva, a cuya opinión se adhiere Ulpiano, sostiene, por el contrario, la validez del mismo, concretándose el contenido de la anualidad teniendo en cuenta lo que el testador había solido dar, y si esto no se sabe, se fija otro criterio (que ha sido considerado interpolado por gran número de romanistas): se fijará según la dignidad de la persona. (224).

Como hemos dicho, la última corrección si minus ex dignitate personae statui oportebit, ha resultado sospechosa para algunos romanistas (225)

(224) La traducción castellana de los profs. D'Ors, Hdez.-Tejero, etc., dice: "según la dignidad personal del legatario". En el texto latino no aparece por ninguna parte el legatario.

(225) Entre otros, Ferrini, Teoria generale..., pags. 247/48; Albertario Promessa generica e legato generico di dote, cit. pag. 344; La nullità dell'obbligazione per indeterminazione della prestazione, - cit. pag. 314-318-320; L'arbitrium v.b. nell'onerato... cit. pag. 359. Schulz, Literatur, en SZ 48 (1928) pag. 697, Grosso, I legati... cit. pag. 265.



En cierto modo, este fragmento guarda relación con otros dos de Valente ya tratados por nosotros. Son D. 32.12, y D. 34.1,22 (226).

Para Albertario la referencia a la dignitas de la persona para determinar el contenido de un legado o de un fideicomiso genérico, está completamente interpolada; en nuestro caso concreto, los argumentos que aporta son los siguientes: - la expresión si minus supone que preceda otra expresión hipotética, expresión que no existe en este fragmento. - el paso brusco del discurso indirecto al discurso directo no es confexo con el estilo de Ulpiano. - Es bastante sospechoso el uso del abstracto persona y el uso del statuere. De más interés nos parecen los argumentos de carácter substancial: - el jurista Nerva, en el caso de que fuese concedida una pensión anual sin indicación de cuantía, sostenía que el legado era nulo porque se trataba de una obligación que tenía un objeto indeterminado. Nerva admitía, y Ulpiano estaba de acuerdo con él, que el testador quisiera continuar con aquella pensión que ya pagaba en vida y salvaban la validez del legado por esta hábil vía. Pero precisamente por esto, afirma a, es claro que Nerva y Ulpiano debían sostener la nulidad del legado cuando hubiese tenido por objeto una pensión que se hubiese originado con la muerte del testador. Y aquí es donde intervienen los compiladores, que poco cuidadosos de la lógica e intentando salvar en todo caso la validez del legado, se adhieren al expediente de medir la pensión anual en relación con la dignitas personae. La conclusión es que la determinación de la cuantía se remite así al arbitrium b.v. del fiduciario gravado.

Nosotros creemos también que es muy posible que el texto esté alterado en esa parte final. El recurso a la dignidad de la persona nos parece muy sospechoso. Ulpiano, siguiendo a Nerva ya se esforzó por salvar la validez del fideicomiso. No estamos sin embargo completamente de acuerdo con Albertario cuando dice que el cumplimiento se deja al arbitrio del gravado, porque el texto es lo suficientemente inconcreto en esa parte para no aclarar quien deberá determinar esa cuantía. (227).

(226) Vid. tratamiento dado a los mismos en pags. 205 y ss. y 210 y ss.

(227) En D. 32.12, Valente dice que será el pretor quien fijará el contenido. Aquí nada se especifica, pero tampoco es descabellado pensar, aún admitiendo rotoques compilatorios que Ulpiano se hubiera

El resto del texto nos parece original, y en el se recogen dos estados de opinión, uno de ellos, el sostenido por Norva y Ulpiano, más progresivo que el sostenido por Mela.

Len el situó a continuación D. 34.1.14.: Mela ait. si puero vel puellae alimenta relinquantur usque ad pubertatem deberi. Sed hoc verum non est: tamdiu enim debentur, donec testator voluit, aut, si non paret, - quid sentiat, per totum tempus vitae debebuntur. Certe si usque ad pubertatem alimenta relinquantur, si quis exemplum alimentorum, quae dudum - pucri et puellis dabantur, velit sequi, sciat Hadrianum constituisse - ut pueri usque ad decimum octavum puellae usque ad quartum decimum annum alantur, et hanc formam ab Hadriano datam observandam esse imperator - poster (228) rescripsit, sed etsi generaliter pubertas non sic definitur tamen pietatis intuitu in doli specie alimentorum hoc tempus aetatis - esse observandum non est incivile.

De nuevo Ulpiano se opone al criterio de Mela. Se trata en el texto del alcance de la prestación en los fideicomisos de alimentos.

Estos párrafos han sido considerados interpolados por numerosos romañistas que han dejado muy pocas partes de ellos libres de sospecha (229).

Krüger rechazó como espurio desde sed etsi generaliter non est incivile.

(Continuación nota 227) referido a la posible intervención del pretor - fideicomisario y al criterio de la dignitas como guía orientadora para el magistrado. Una abreviación precipitada del texto quizá - dió como resultado lo que hoy podemos leer.

(228) Es decir, Caracala.

(229) Krüger, Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechtes, en SZ 19 (1898) pag. 49 y 50. Riccobono, Cristianesimo e diritto privato, en Riv. Diritto civile II, 1911, nota (3), pag. 49; Prospectus Iontium. La citazione de L. III Quaes. di Papiniano in Armenopulo, en AG. 76 (1909), pag. 469. Solazzi, Studi sulla tutela, en Scritti di diritto romano, III, Napoli 1960, pag. 151. Albornatario, Sul diritto agli alimenti, en Studi, I, pag. 275, y nota (1), pag. 279. Bessler, en Beiträge..., 4, pag. 236, se remite a Beiträge, 2, pag. 24. No ha podido llegar a nuestras manos, pero aparece citado por varios de los autores consultados por nosotros, De Medio: Di un falace criterio per distinguere lo stile del compilatori indicato da A. Fabro, pag. 9.

Riccobono, aún admitiendo que Ulpiano hacía mención a la institución alimentaria del siglo II y de Adriano, señaló que los compiladores quisieron imprimirle el carácter de un precepto legislativo y así se produjeron las contradicciones e incongruencias advertidas. Estas contradicciones son: si velit serui ... observanda esse ... non est incivile, y así considero interpolado desde si quis exemplum hasta non est incivile y le llamó la atención el uso del sciat, típico de la cancellería imperial. Molazzi mantuvo posiciones muy parecidas a las de Riccobono.

Albertario, por su parte, señaló como interpoladas las siguientes partes: sed hoc verum non est — velit serui. sciat. ut pueri — alantur, sed etiam generaliter — non est incivile. Los párrafos, después de esta limpieza quedarían reducidos a lo siguiente: Nela ait, si pueri vel puellae alimenta relinquuntur usque ad pubertatem deberi. Hadrianum constituisse, et hanc formam ab Hadriano datam observanda esse imperator noster rescripsit. Señaló como dato que indica la alteración en la primera parte del texto el singular debebitur discordante con el precedente plural del texto clásico alimenta y el repentino salto al plural sucesivo debentur y también la típica frase bizantina si non paret — quid acriat. En cuanto a lo que resta, está de acuerdo con Krüger y Riccobono.

En el Vocabularium Iurisprudentiae Romanae se señalan los siguientes tribonianismos (230): specie alimentorum hoc tenetur, etsi...non. — non est incivile, pubertas non sic definitur, sola specie alimentorum.

Hasta aquí hemos mostrado la opinión de la doctrina en cuanto a la genuinidad de los párrafos. Nosotros admitimos que el texto está manipulado, pero no parece que la original versión ulpianca haya sido tergiversada sustancialmente. Es perfectamente verosímil que Ulpiano ante la opinión de Nela se sintiese inclinado a matizar recogiendo, a efectos de favorecer a los fideicomisarios, el régimen alimenticio de Adriano — en consonancia con el rescripto de Caracala. Que una mano postclásica —

(230) V.J.R., 1.345,30; 3.179,9; 4.219,21; 4.232,16; 5.526,22; 5.630,31-32.

haya tendido a resumir los argumentos de Ulpiano y que luego se haya -  
adosado (en época justinianea o quizás antes), el pasaje final (sed et  
si generaliter — incivile) no impide que reconozcamos la sustancial -  
clasicidad del fragmento.

El pfo. 2º de D. 34.1.14, dice: Sed si alimenta, quae vivus praesta-  
bant, reliquerit, ea demum praestabuntur, quae mortis tempore praestare  
solitus erat, quae si forte variae praestiterit, eius tamen temporis -  
praestatio spectabitur, quod proximum mortis eius fuit, quid ergo, si -  
cum testaretur, minus praestabat, plus mortis tempore, vel contra? adhuc  
erit dicendum cum praestationem sequendam, quae novissima fuit.

No sigue tratando del supuesto del fideicomiso consistente en la en-  
trega de alimentos, y Ulpiano pretende determinar cuales son los alimen-  
tos que se deben entregar, es decir, cual es el objeto del fideicomiso.  
Debemos suponer como antecedente una disposición de fideicomiso en la -  
que no resulta claro totalmente los alimentos que se deben entregar. Ul-  
piano señala los criterios a seguir: Si el causante hubiese encomendado  
la entrega de los alimentos que el daba en vida, se entregarán los que  
solía dar cuando murió. Si las entregas que hacía en vida no eran uni-  
formes, se tendrán en cuenta los alimentos que entregaba inmediate-  
mente de su muerte. Y si hay diferencias entre las entregas que efectuaba  
al hacer el testamento en el que encomendó el fideicomiso y las que efec-  
tuaba cuando su muerte, Ulpiano señaló que se debe atender la última -  
prestación que efectuó el causante.

Creemos que en el texto se recoge fielmente la opinión de Ulpiano.  
Y que por tanto, los criterios de determinación del contenido de la -  
prestación son clásicos. No se ve razón alguna para sospechar la intro-  
ducción de criterios contrarios a los seguidos por la jurisprudencia de  
la última época del principado.

La misma genuinidad sustancial parece desprenderse del párrafo si-  
guiente, aunque se trata de un texto muy discutido, 3.: Quidam libertis  
quis ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat: con-  
stare de fideicommissum, cum in ea regione Africae vel forte Aegypti  
res agi proponebatur, ubi aqua venalis est, dicebatur igitur esse emolu-

montum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit sive non ut si in fideicommissum, quanto quis aquam sibi esset comparaturus, nec videri inutile esse fideicommissum quasi servitute praedi non possessori vicinae possessionis relicta: non et haustus aquae ut pecoris ad aquam adules et servitus, personae tamen, si qui vicinus non est, inutiliter relinquitur: in eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvae preendi vel arcae suas ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi: haec enim aqua personae relinquitur.

Se trata en el texto del caso especial de un fideicomiso de alimentos donde se incluye una prestación de agua.

A este texto podemos darle el calificativo de polémico. Peruzzi (231) dice de él que es de los llamados "famosos" por los romanistas debido a las incansables controversias que ha originado. Y estas controversias han veraneado sobre la servitus personae que aparece en él. (232). No es nuestra intención entrar en el centro de la polémica. Quizá el texto contenga las interpolaciones que se señalan en la edición de Mommsen-Krüger y en otros de los lugares citados, pero aún admitidas, no cambiaría en nuestra opinión, lo que era el pensamiento de Ulpiano. La solución dada para la entrega de agua, con el esfuerzo de superar esta disposición (precisamente para hacerla valer) de la constitución de una servidumbre, suponemos que es fundamentalmente clásica.

Benel entazó los fragmentos anteriores con D. 34.1.21: Diaria vel cibaria relicta neque habitationem neque vestiarium neque calcicarium debere pecunia est, quoniam de cibo tantum testator consult.

(231) Interpretazione della L. 14.3 D. De alim. vel cib. leg. 34.1 Ulpiano libro secondo fideicommissorum, en Scritti Giuridici, II, Milano, 1944, pag. 263.

(232) Citeremos, entre otros, los siguientes trabajos que de alguna manera inciden sobre el texto: Serafini, Scritto di interpretazione della L. 14.3 D. de alimentis legatio, en AG. 18 (1877) pag. 15-26. Beck, Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen - en FZ 13 (1892) pag. 141. Longo, La categoria dello "servitutes" nel diritto romano classico, en RIDA 11 (1893) pages. 326-330. - Schubert, Einleitung in das Studium der Digesten, Tübingen 1916, pag. 25. Beccol, Feitrag, 3, pag. 63. Peruzzi, op. cit. nota ( ) - Vid. también Index interpolationum Benel, en nota 1, col. 909 dice que non et haustus... exprimenda utendi, es producto de la -

Sigue Ulpiano con el tema de los alimentos y aquí trata de determinar el contenido de diaria vel cibaria relictis. Ulpiano es de la opinión de que el testador en este tipo de encargos solo pensaba en los alimentos, y por lo tanto no se pueden incluir en ellos ni la habitación, ni el vestido, ni el calzado (233).

Creemos que el texto es genuino y que no ha sufrido ningún retoque substancial. Ulpiano trata una vez más de concretar el contenido del fideicomiso ateniéndose evidentemente al sentido usual de las diaria vel cibaria y saliendo así al paso de una pretensión excesiva del fideicomisario.

Finalizó luego la reconstrucción del libro II de fideicommissis con los últimos párrafos de D. 32.11, los cuales aparecen en la Palingenesia bajo la rúbrica Qui et adversus quem competit fideicommissis petitio, y en esos párrafos se trata también de fideicomisos de naturaleza varia. En algunos, la disposición del testador o el singular contenido de los mismos plantea dudas en cuanto a quien puede exigirlos.

El primer párrafo (D. 32.11.20) dice: Plerumque evenit multo-rum interesse id quod relinquitur. verum testatorem uni voluisse honorem habitum et est hac sententia Marcelli verissima.

Hizo aquí Ulpiano una especie de explicación general valiéndose para ello de una opinión de Marcelo, sin indicarnos la obra de este jurista de la que extrajo la mencionada opinión. La explicación que dió Ulpiano se refiere a que a veces ocurre que lo que se deja interesa a muchas personas, aunque el testador hubiera pensado que la recibiese solamente una. ¿Quién de estas personas podía pedir la entrega de la cosa? La que el testador quiso, para lo cual es necesario interpretar claramente su voluntad.

(Continuación nota 232) glosa, y nos remite a Scialoja, Riv. Ital. dell. sc. giur. V, pag. 38 y ss. Vid. tb. ed. Mommsen-Krueger, nota (10) a (14), pag. 521.

(233) La edición castellana de los profesores D'Ors, Hernández-Tejero, etc., habla de legado, cosa que no sucede en la versión latina.

El párrafo nos parece substancialmente clásico, como también los que le siguen, es decir, el 21 y el 22.

El párrafo 21 de D. 32.11, dice: Sic evenit, ut interdum si pluribus testator honorem habere voluit et de pluribus censuit, quamvis unum legatum sit, tamen ad persecutionem eius plures admittantur, ut puta si decem fuerint eiusdem rei stimulandi et heres vel fideicommissarius rogatus est, ut eis solveret; hic enim si omnium interest et de omnibus censuit testator, fideicommissum relictum omnes petere potuerunt, sed -  
utrum in partem acceperint an in solidum, videamus; et credo, prout cuiusque interest consequentur; unus igitur qui occupat agendo totum consequitur ita, ut caveat defendi iri adversus ceteros fideicommissarios cum qui -  
solvit, sive socii sunt, sive non.

Sigue tratando Ulpiano el tema de quien pueda reclamar el cumplimiento del fideicomiso y nos dice que si el testador quiso gratificar a varias personas y pensaba en todas ellas, aunque el legado sea uno solo, todas esas personas pueden reclamarlo. Y nos pone un ejemplo en donde se preocupa por aclarar si cada uno de los interesados demandará su parte o pedirá el todo, a lo que responde que cada uno obtendrá lo que le interesa. Si uno de ellos reclama el total, puede conseguirlo siempre que de caución a quien se lo entrega de que la defenderá frente a los otros fideicomisarios (interesados y en la mente del causante al encomendar el fideicomiso).

Tal como se nos presenta creemos que el párrafo es auténtico, aunque tenemos ante una reducción del texto originario. En el § siguiente que también parece reflejar criterios clásicos, se continúa con la misma temática: § 22: Interdum alterius nomen scribitur in testamento, alteri vero fideicommissi petitio vel legati competit, ut puta si fidei heredis committatur, ut ipse publicum pro Titio praestet, fideicommissum hoc vel legatum non publicum un petit, licet ei sit adscriptum, sed ipse petere poterit, pro quo legatum relictum est, multum autem interesse arbitror qui voluit praestectum cuiusque contemplatione testator fecerit, plerumque autem intelligendum est, utriusque causam hoc fecisse. Nec opus est publicum quocunque.

Sigue aclarando Ulpiano en este párrafo a quien compete reclamar el cumplimiento del fideicomiso. Estudia el caso de que en el testamento - figure el nombre de una persona, pero la petición del fideicomiso corresponda a otra diferente. Y pone el ejemplo de que el testador encargue al heredero por medio de un fideicomiso que pague la contribución por - Ticio. El cumplimiento del fideicomiso no lo pedirá el recaudador de la contribución, sino Ticio. Sigue hablando de la importancia de saber - quien es la persona prevista por el testador y en contemplación a la - cual se hizo el fideicomiso, y concluye diciendo que generalmente debe entenderse que el fideicomiso se ha hecho en favor de la persona privada aunque resulte una atribución para el recaudador de la contribución.

Insistimos en que el texto parece substancialmente clásico, aunque - no descartamos la intervención compilatoria operada a través de los - añadidos vel legatum. Creemos que Ulpiano se refería solo a los fideicomisos. El texto, por otra parte, también pudo ser objeto de una reducción, de una simplificación.

Los párrafos que cierran este libro II son el 23, 24 y 25 de D.32.11. El 23 y el 24 aparecen claramente enlazados, 23: Si in opere civitatis faciendo aliquid relictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri - divus Marcus et Lucius Verus Proculas rescripserunt: tempus tamen coheredi praestituerunt, intra quod mittat ad opus faciendum, post quod solum Proculam voluerunt facere imputaturum coheredi sumptum pro parte sua 24: Exco, et in status et in servitute ceterisque, quae divisionem non recipiunt, idem divus Marcus rescripsit.

Resulta de ellos dos disposiciones del poder público, un rescripto - de los emperadores Marco Aurelio y Vero, y otro rescripto de Marco Aurelio. El texto trata de un fideicomiso dejado para hacer alguna obra en la ciudad. En el rescripto de los dos hermanos emperadores se dice - que todos los herederos responden solidariamente, pero dieron un plazo al coheredero de Procula para que lo hiciera, y una vez transcurrido - ese plazo, quisieron que realizase la obra Procula sola y que cargara a su coheredero la parte del gasto correspondiente. En el párrafo 24 se - extiende ese mismo régimen en virtud, según se dice, de un rescripto de Marco Aurelio que trataba de los fideicomisos.



Estos textos han sido objeto de un estudio detenido por los romanistas que han analizado el tema de las obligaciones indivisibles en la época clásica y el problema de la solidaridad. También ha sido objeto de estudio desde otro punto de vista. Si se contiene en la exposición o no, un fideicomiso modal. (234).

La genuinidad del texto ha sido puesta en duda por unos y por otros.

Boscher (235) y Schwarz (236) estimaron alterados parte del texto y lo reconstruyeron así: in opere civitatis faciendo unumquemque herodem

Feronzi (237) consideró interpolado desde tempus hasta pro parte - cius, es decir, toda la cuestión del plazo concedido al coheredero.

Bonfante (238) estimó que en el párrafo 24 se generaliza con un ergo a todos los objetos indivisibles el alcance de lo dicho en el párrafo anterior, pero que este párrafo, con esta extraña ilación, hace decir - al rescripto de Marco Aurelio lo que este no decía. Considera pues que esta generalización es una alteración que se llevó a cabo en el texto.

Para Albertario (239) la jurisprudencia clásica trató a la obligación indivisible como una obligación solidaria y que todo lo que en los textos, tratan de de este tema, contrasta con la estructura de la obligación solidaria es fruto de innovaciones justinianeas., y una de estas alteraciones sería la facultad concedida al deudor emplazado para el pago, en la hipótesis de varios deudores, de pedir una prórroga al acreedor para dirigirse a sus codeudores, situación similar a la contemplada en nuestro párrafo.

(234) Vid. en este sentido, Di Salvo, Il legato modale... cit, pag. 155 nota (193), 156 nota (200), 201-205, 215 nota (377), 202 nota (262)

(235) Romanistische Studien, en SZ 46 (1926) pag. 47

(236) Die Rechtsurkunden der Lex Falcidia, en SZ 63 (1943) pag. 366

(237) Istituzioni di Diritto Romano, 1ª ed., Firenze 1903, II, pag. 92

(238) La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibili, Scritti - III, pag. 371-372

(239) Elementi romano-classici ed elementi romano-justiniane nel nostro diritto delle obbligazioni, Studi III, pag 536, nota (3).

Di Salvo (240) con diferentes objetivos de los que inspiraron a los anteriores, piensa más bien en una reelaboración prejustiniana del texto. - Desde nuestro punto de vista estamos, como en muchas otras ocasiones ante una reducción de un texto originario, pero no ante un falseamiento sustancial. El problema suscitado (duda sobre la manera de actuar de los municipes a la vista de un fideicomiso donde el gravado no aparece perfectamente delimitado) encaja perfectamente en el marco del período al que alude y por otra parte las disposiciones imperiales citadas por Ulpiano tienen también una lógica evidente en su pretensión de evitar que los herederos gravados pudieran ampararse por la incertidumbre que se deducía de su pluralidad- eludir la carga impositiva.

A preocupaciones análogas responde el rescripto de Marco Aurelio citado por Ulpiano en el § siguiente: Si quis opus facere iussus paratus sit pecuniam dare rei publicae, ut ipsa faciat, cum testator per ipsum id fieri voluerit, non audietur: et ita divus Marcus rescripsit.

También aquí actuó sin duda el deseo de amparar a la ciudad -en su calidad de entidad fideicomisaria- alejando el peligro que podía suponer o bien la negativa a aportar unos conocimientos técnicos del llamo a realizar la obra, o bien los propios manejos de los administradores de la ciudad, interesados en eludir la voluntad del disponente para dar cauce a operaciones distintas.

El texto fue objeto de estudio también por parte de Di Salvo en su obra sobre el legado modal (241). En su opinión está muy sintetizado y por ello el caso al que se refiere el rescripto de Marco Aurelio permanece oscuro. Nosotros también creemos que el texto ha podido ser resumido.

Como impresión final de este libro de Ulpiano diremos que en él se aprecia con claridad como el jurista contemplaba una serie

(240) loc. cit. pag. 203-204.

(241) Nota (352) pag. 203; nota (39) pag. 103-4; nota (193) pag. 155.

de supuestos en los que era problemática la validez del fideicomiso, o bien era impreciso su alcance. En general las dificultades arrancaban de la poca claridad del disponente al expresar su voluntad. Apreciamos también el esfuerzo de Ulpiano por salvar estas dificultades, y su intención, la mayoría de las veces, de salvar la validez, la eficacia del fideicomiso.

### 3.21. De fideicommissariis libertatibus.

La importancia concedida a las libertades fideicomisarias no solo se deduce de lo que se conserva de los libros singulares sobre fideicomisos, sino que resulta también del espacio que ocupó en obras de otra naturaleza. D.40.5 (de fideicommissariis libertatibus) agrupa los fragmentos correspondientes a aquellos libros singulares, pero selecciona también textos que no estaban en ellos, y que sin embargo se relacionan directa o indirectamente con el tema. (1)

(1) La composición del título 5º de D.40, es como sigue:

A) Fragmentos que proceden de libros singulares sobre fideicomisos:

24.	Ulp.	1. 5
25.	Paulo	1. 3
26.	Ulp.	1. 5
27.	Paulo	1. 3
28.	Ulp.	1. 5
29.	Paulo	1. 3
30.	Ulp.	1. 5
31.	Paulo	1. 3
32.	Mec.	1. 15
33.	Paulo	1. 3
34.	Pomponio	1. 3
35.	Mec.	1. 15
36.	Mec.	1. 16
37.	Ulp.	1. 6: en el 1. 6 Ulp. trataba de <u>jurisdictione fideicommissaria.</u>
42.	Mec.	1. 7: Meciano en el libro 7 trataba de herencias fideicomisarias
54.	Mec.	1. 16

Como se ve, van todos agrupados dentro del título (salvo los desplazados 54 y 42) y corresponden a la masa papiniana.

B) Las restantes obras aprovechadas para construir el título son las siguientes:

Ulp.	ad edictum	{ fragm. 1-4, 7)
Paulo	"	{ " 5-6)
Marcelo, dig.	"	{ " 9-10)
Modestino, different.	I	(fragm. 11)
"	lib. sing. de manumissionibus	(fragm. 12)
"	regulae, 9	(fragm. 13)
"	respons., 10	{ fragm. 14)
"	pendec., 3	{ " 15)
Lic. Rufino, regulae	5	{ " 16)
Escóvola, Dig.		(fragm. 17-19)
Pomponio, Epistolae		(fragm. 20), ad Plaut. (fragm. 8).
Papiniano, Questiones		{ fragm. 21-22)
"	Respons.	{ " 23)

Los senadoconsultos y constituciones imperiales citados por los juristas prueban también que el poder público se hacía eco de los variados problemas que en la práctica podían presentarse. El fideicomiso de libertad parece pues algo muy vivo en el tiempo en que se redactan los libri singulares.

Puntos destacados por los juristas.

Los puntos que parecen haber atraído con mayor fuerza la atención de los juristas fueron los siguientes:

- a) La posible resistencia del fiduciario a manumitir y los medios para vencerla.
- b) La atribución del patronato.
- c) La obligación de cumplir el fideicomiso y sus límites
- d) La interpretación de disposiciones ambiguas del testador o disponente.
- e) La singularidad de algunos esclavos en razón a su procedencia o a la condición del dueño.

Vedmoslos más detalladamente:

(Continuación nota ( 1 )

Paulo, decret. 3 (fragm. 33)	
" respons. 13 (fragm. 39-40)	
Encevola, " 4	" 41)
Paulo ad Sab. 4	" 43)
Pomponio, ad Sab. 7	" 44)
Ulpiano, disput. 5-6	" 45-46)
Juliano, digest. 42-62	(fragm. 47-48)
Africano, quest. 9	" 49)
Marciano, instit. 7-9	" 50-51)
Ulpiano, respons. 1	" 52)
Marciano, regulae 5 y 4	" 53 y 55)
Marcelo, resp.	" 56)

a) El eventual incumplimiento del fiduciario.

Referido al primer punto, en Meciano encontramos ya un texto (D. 40. 5. 35) en el que saliendo al paso de una anterior opinión de Casio, estima que no debe negarse la manumisión con razones tales como las de que el esclavo está prestando unos servicios imprescindibles o ha cometido un delito del que no se le puede perdonar. En general existe una acusada tendencia a procurar que la voluntad del causante se cumpla y que el esclavo consiga la libertad, y a ella responden una serie de senadoconsultos que los juristas invocan en repetidas ocasiones. Estos senadoconsultos son el SC. Rubrianum (del año 103) por el que se estima concedida directamente la libertad si el fiduciario no acude al llamamiento del pretor para proceder a la manumisión; el SC. Dasumianum (de la época de Adriano) en el que se determinan los casos de ausencia ex iusta causa del manumitente a fin de que aún procediéndose a decretar la libertad no se pierda el derecho de patronato; el SC. Articuleianum del año 123, sobre la manera de proceder en las provincias; el SC. Iuncianum del año 127, para forzar a la manumisión tanto si el esclavo pertenecía al fiduciario como si había ido a parar a poder de un sucesivo comprador; el SC. Vitrasianum sobre el modo de proceder en caso de pluralidad de herederos.

En el propio Meciano (D. 40. 5. 36) existe una explícita remisión a los senadoconsultos Rubriano y Dasumiano, anotándose los casos en que no sería de aplicación el primero de estos dos senadoconsultos, (infamia, enajenación mental, cautividad del enemigo, etc.) entrando en juego el segundo. Otro texto de Meciano dentro de la misma línea del favor libertatis (D. 40. 5. 54) propugna (quizá al amparo de alguno de los senadoconsultos citados o ateniéndose a constituciones imperiales como las que se invocan en el precedente fragmento de Meciano (D. 40. 5. 53)) la necesidad de manumitir al hijo de la esclava la cual había obtenido la libertad por fideicomiso si bien este se había retrasado a un momento posterior al parto.

Inspirada también en el deseo de favorecer la libertad está la decisión de Pomponio en D. 40. 5. 34, 1, acomodada al dictamen anterior de Campano, propugnando la inaplicabilidad de la lex Aelia Sentia cuando el -

testador, aún siendo menor de 20 años ( 2 ), dispone la libertad fideicomisaria de un esclavo perteneciente al fiduciario ( 3 ).

Nuevas manifestaciones de este propósito de allanar las dificultades que puedan surgir para la consecución de la libertad, están presentes - en la obra monográfica de Paulo. En D. 40. 5. 31 la aparición de un heredero póstumo no invalida la libertad fideicomisaria previamente acordada ( § 1 ) como tampoco la invalida el hecho de que sobre el fiduciario pesa la prohibición de enajenar ( § 2 ). Y en el breve pasaje que es D. 40. 5. 27 Paulo probablemente salía al paso de las dificultades surgidas de la incomparocencia del heredero (no siendo él el fiduciario) aconsejando el recurso al príncipe para que éste proveyera. ( 4 ) Otros pasajes extraídos igualmente del libro tercero de la monografía de este jurista se refieren también a esta temática, como ocurre con D. 40. 5. 33. 1 en que se propugna la aplicación del SC. Rubriano incluso en casos de fideicomiso condicional con condición incumplida y siempre que no se pueda hacer responsable al esclavo del incumplimiento, y con el § 2 de ese mismo pasaje en que se sale al paso de una posible no aceptación del legado por parte del designado y gravado con el fideicommissum libertatis. Y lo mismo cabe decir de D. 40. 5. 29 en el que la manumisión resulta igualmente impuesta pese a que el esclavo ha cambiado de dueño. No parece imposible que textos de esta naturaleza estuvieran dictados por la necesidad de interpretar los SS. CC. Rubriano y Dasumiano ( 5 ).

Tampoco faltan muestras de esa evidente inclinación a que se cumpla la voluntad del disponente y, en consecuencia, se logre la libertad del esclavo, en los fragmentos procedentes del libro V fideicommissorum de Ulpiano. Pueden anotarse así D. 29. 4. 29, donde el heredero testamentario

( 2 ) La traducción española del Digesto de los profesores D'Ors, Hernández-Tejero, etc. da erróneamente 25 en lugar de 20.

( 3 ) A propósito de este tema, cabe preguntar ¿se aplicaría la lex Aelia Sentia si el menor era el fiduciario? Parece que no por lo que se dice de los pupilos en el texto antes visto de Meciano (D. 40. 5. 36).

( 4 ) La interpolación señalada por Gradenwitz (ut et in hoc casu libertati propiciatur) aun siendo probable no contradice lo substancial de la decisión.

( 5 ) La referencia a la "causa justificada" elemento que en el supuesto se considera como no exigible, es un dato para pensar que Paulo partía aquí de las disposiciones del SC. Dasumiano.

rio gravado con un fideicomiso de esa naturaleza queda obligado a la manumisión aunque se abstenga de la herencia testamentaria para invocar sus derechos como heredero abintestato. D. 40. 5. 24, 21 donde se viene a coincidir con lo ya expuesto por Paulo en el mencionado D. 40. 5. 29, pero donde se añade una mención a las facultades del esclavo para decidir quien sea el manumitente; D. 40. 5. 26, pr.-6, donde se allanan - obstáculos diversos y se invocan rescriptos inspirados en esa misma tendencia, y D. 40. 5. 26, 7-11, donde el telón de fondo está constituido por el SC. Rubriano. Este mismo SC., así como el Junciano y el Dasumiano, sirvieron de apoyo a lo que el jurista dice en D. 40. 5. 28, pr.-5, mientras que el último de los SC. citados vuelve a alentar en D. 40.5. 30 concurriendo con rescriptos igualmente favorecedores de la libertad.

A la vista de los pasajes citados, la conclusión que se alcanza es - la de que el derecho -expresado aquí a través de senadoconsultos, rescriptos e interpretatio prudentium, procura denodadamente romper la - trabas que pudieran obstaculizar cualquier manumisión fideicomisaria. - Es evidente que esta corriente no es solo comprobable en la literatura monográfica sobre fideicomisos. La lectura de todos los fragmentos que se contienen en D. 40. 5 (de fideicommissaria libertatibus) pone de manifiesto que también en otro tipo de obras (comentarios al edicto, libros de regulas, libros singulares de manumisiones, libros de Institutiones, etc. ( 6 )) se revelaba esta tendencia. Parece innecesario advertir que un movimiento de esta clase, responde a unas ideas y a unos sentimientos que habían anidado en la sociedad romana, pero en plano - distinto al de cualquier fundamentación ideológica conviene subrayar - que la actividad de Senado, Principes y juristas, obedecía también a - planteamientos prácticos en los que el egoísmo de algunos propietarios incitaba a una congruente corrección.

#### b) La atribución del patronato.

Las no desdeñables ventajas ofrecidas por el patronato llevan también a los juristas a determinar a quien corresponde este tipo de relación -

( 6 ) Vid. nota ( 1 ).



con el esclavo que ha dejado de serlo, cuidando también de los intereses de éste.

Los pocos textos del libro VI de Valente que han llegado a nosotros - dan ya señales de la importancia del tema. Así ocurre con D. 38. 1. 47 - ( 7 ) y con D. 40. 5. 25 (Valente aparece citado por Paulo). Y lo mismo cabe decir de los escasos restos del libro III de Pomponio; en el principium del único fragmento conservado (D. 40. 5. 34) se señala la necesidad de que manumita quien fue designado por el causante, y no cualquier otra persona (salvo que el esclavo consistiese en ello).

Otro caso de atribución de patronato, incluso en un supuesto de bonorum possessio contra tabulas (el incumplimiento de la voluntad testamentaria no llega a afectar al fideicommissum libertatis) aparece en el libro III de Paulo (D. 40. 5. 33, pr) ( 8 )

La atribución del patronato tenía una transcendencia de la que eran conscientes los juristas, pero es que además las propias decisiones contenidas en los senadoconsultos Rubriano y Dasumiano llevaban forzosamente a enfrentarse con el tema, puesto que el perjuicio más grave que se le irrogaba a quien injustificadamente rehuyera la manumisión era la pérdida del patronato. Esto es patente en textos de Ulpiano pertenecientes a su libro V (vid. D. 40. 5. 28, 5, D. 40. 5. 30, 12) y en lo conservado del libro XVI de Meciano (vid. D. 40. 5. 36, pr.-1), pero si extendiéramos nuestro examen a otros textos comprendidos en D. 40. 5, pero no pertenecientes a los libros singulares sobre los fideicomisos comprobaríamos que también hay en ellos análoga atención (vid. p.e, D. 40.5.4, 12,

( 7 ) Viendo el texto anterior existe la tentación de pensar que hubo un error al consignar libro V en lugar de libro VI, pues lo tratado en el fragm. 46 parece corresponder mejor a las libertades fideicomisarias.

( 8 ) Es mencionado también el patronato, pero como una situación previa al fideicommissum, en otro pasaje de Paulo correspondiente también a ese mismo libro III. Se trata de D. 40. 5. 31,3. La traducción castellana de este pasaje en la moderna versión de los profs. — D'Ors, Hernández-Tejero, etc., no es convincente, pues hace pensar que el patrono que figura en el caso es el fiduciario. En realidad el fiduciario es persona distinta.

Ulp. 60 ed./ D. 40. 5.5, Paulo 57 ed./ D. 40. 5. 22,2, Pap. 22 quaest./ D. 40. 5. 20, Pomp. 7 epist. (9 )

e) La obligación de cumplir el fideicomiso y sus límites.

Aquí el problema que debió plantearse con más frecuencia fue el derivado de un fideicomiso de libertad para esclavo no perteneciente al causante y tampoco al fiduciario. Este último tenía entonces que entrar en tratos con el dueño para conseguir que este manumitiera por sí (10) o enajenase el esclavo para que el adquirente pudiera manumitir. En cualquiera de los casos el propietario del esclavo exigiría una compensación económica pudiendo producirse entonces una situación embarazosa para el fiduciario ya que éste puede haber obtenido, en razón de las disposiciones del causante, unas ventajas patrimoniales inferiores al desembolso que ha de hacer para conseguir la manumisión.

La cuestión hubo de ser tratada por cualquiera de los juristas que se adelantaron en el campo de los fideicomisos y así no puede extrañarnos que esté reflejada en los libri singulares (11). En el libro III de Paulo (D. 40. 5. 31,4) se alude a la posible pugna entre fiduciario y dueño del esclavo en orden a la fijación de la compensación económica y al papel que en tal caso ha de representar el pretor, y en el libro V de Ulpiano (D. 40. 5. 24, 12-20) se plantean con una perspectiva más amplia (se considera incluso el caso de que el esclavo pertenezca al fiduciario pero éste haya obtenido del causante unos beneficios económicos inferiores a la merma que la manumisión representa) una serie de problemas relativos a este posible conflicto. El principio que parece informar todas las soluciones es el de que en ningún caso puede resultar equi-

(9) Este último texto que al principio refleja lo escrito por Juliano (42 Dig.) a propósito de la ineludibilidad de la manumisión en el caso que se plantea y de la atribución del patronato, cobra a continuación un aire irónico (en las líneas an haec vera vites? — βουκουν?) al alejarse de la cuestión planteada y entrar en referencias personales. ¿Interpolado?

(10) Vid. p.e. D. 40. 5. 32, pr. (Meciano 15 fideic.)

(11) Que no fue estudiada en exclusiva por esta literatura monográfica lo prueban textos como D. 40. 5. 6 (Paulo 60 ad ed.) o D. 40. 5.8 (Pomponio 7 ex Plaut.)

nómicamente perjudicado el fiduciario, de tal suerte que si el valor del esclavo (si era propio) o la cantidad que por él hubiese que pagar excedían de los beneficios recibidos del causante, la manumisión no podía ser exigida.

d) La interpretación de disposiciones ambíguas.

Como en cualquier otra disposición mortis causa contenida en testamento o en codicilo, las expresiones de no claro sentido requerían una interpretación. En todos los textos que proceden de los libri singularis y, estrictamente, en aquellas partes dedicadas a las libertades fideicomisarias, en pasajes de Ulpiano observamos una preocupación por el tema. En D. 40. 5. 24, 7-10 se analizan diversas disposiciones susceptibles de provocar dudas, ya por las expresiones empleadas, ya por el erróneo cumplimiento de los hechos de parte del disponente, pero sabe pensar que en las partes perdidas de los restantes libri singularis, tuvieron que existir igualmente valoraciones análogas. Existen desde luego en obras no dedicadas especialmente a los fideicomisos (12) y no es por tanto pensable que faltaran en esta literatura monográfica. Por otra parte no puede extrañar que los juristas justinianeos, presionados por la necesidad de simplificar, prescindieran de ellas.

e) Singularidades en los esclavos afectados o en los dueños respectivos.

La singularidad de algunos casos de esclavitud movió también sin duda a buscar soluciones que condujeran a la deseada libertad. Ulpiano, en el citado fragmento D. 40. 5. 24, reúne una serie de supuestos, cuyo encuadramiento tiene como base la especial condición de los esclavos cuya libertad se ha encomendado. Así en el § 1 el esclavo pertenece al príncipe o a los municipales; en el § 2 pertenece a los hostes; en el § 3 se trata

(12) Además de la invocación que en los pasajes citados hace el propio Ulpiano a Marcelo y a Celso, textos como D. 40. 5. 10 (Marcelo 16 Digest.), D. 40. 5. 12 (Modestino de munici.), D. 40. 5. 14 (Modestino 10 Respons.) D. 40. 5. 21 (Papiniano 19 questo.) prueban esta explicable tendencia. También D. 40. 5. 46 (Ulpiano 6 disput.)

de persona libre tenida por esclava, pero que luego cae efectivamente en esclavitud; en el § 4 el dueño es un nasciturus; en el § 5 el esclavo - lo es por condena in metallum; en el § 6 se trata de un nasciturus -- siendo la madre la que sufre una condena de esa especie.

22. El tratamiento de las libertades fideicomisarias en cada una de las obras monográficas.

a) Valente.

En la monografía de Valente es en el libro VI en el que se tratan estos temas. El fragmento situado en primer lugar por Lenel es el que corresponde a D. 4. 4. 33: Si minor viginti quinque annis servum suum, - qui pluris, quam in testamento ei legatum sit, manumittere rogatus fuerit et legatum acceperit, non condum praestare libertatem, si legatum reddere paratus sit, Iulianus respondit: ut quemadmodum maioribus liberum sit non accipere, si nolint manumittere, si huius redanti legatum necessitas manumittendi remittatur. (13).

El fiduciario a quien se ha encargado la manumisión es un menor de veinticinco años y se le tolera la no manumisión aunque hubiera ya aceptado el legado. El supuesto contemplado tiene en cuenta que el esclavo a manumitir era de mayor valor que lo que el fiduciario (en este caso - un menor de veinticinco años) recibía como legatario). Y acude Valente a una opinión de Juliano en el sentido de que lo mismo que los mayores tienen libertad para no aceptar el legado si no quieren manumitir al esclavo, así también debe dispensarse al menor que devuelve el legado - (que previamente había aceptado) de la necesidad de manumitir.

Ulpiano en su libro II de off. cons., D. 40. 2. 20, pr. hace referencia a un tema similar en el que la solución dada por el jurista recoge

(13) Como podemos apreciar, Valente cita a Juliano sin indicar la obra de donde ha extraído esa opinión. Lenel ubicó esta opinión de Juliano en el libro XIXIX Digestorum, de fideicommissis I Vid., Pal. I, col. 419, fragm. 548

la influencia de lo contenido en este fragmento de Valente y de la opinión de Juliano. Dice Ulpiano: Si rogatus sit minor viginti quinque annis manumittere per fideicommissum, incunctanter debet ei permitti nisi si proprium servum rogatus fuit manumittere: hic enim conforenda erit quantitas evoluti, quae ad eum pervenit ex iudicio eius qui rogavit, cum pretio eorum quos rogatus est manumittere (14).

En el supuesto de que el menor tuviese que manumitir a un esclavo propio dice Ulpiano que debe compararse la cuantía de lo que recibió el menor por la última voluntad del causante fideicomitente y el precio de los esclavos que se le pidió que manumitiera. La consecuencia sería que si de esta comparación salía el menor perjudicado, podría negarse a la manumisión no aceptando el beneficio que para él dispuso el causante. - (15) Pensamos que esta opinión de Ulpiano pudo estar basada, entre otras, en la vertida por Juliano y recogida por Valente en el fragmento que nos ocupa, si bien es verdad que ensayada se tuvo en cuenta, como dijimos anteriormente, esta relación entre el valor del esclavo a manumitir y el beneficio que del causante recibía el fiduciario.

El texto nos parece genuino y creemos que deben rechazarse las dudas, por otra parte no muy firmes, que manifestó Wlassak sobre la posibilidad de que estuviese alterado por los compiladores (16).

D. 35. 2. 37, texto que aparece a continuación en la Palingenesia, dice: pr. Eius servi aestimatio perinde ac statulibori fieri debet. Ita nos reconstruyó: Eius servi (legati eo, cui per fideicommissum sub con

(14) Vio en este texto Voci Diritto ereditario..., II, 2 nota (24), pag. 410, una regla en esta primera parte, y la excepción en la continuación, en el sentido de que el gravado con la manumisión tiene una iusta causa manumittendi a los efectos de la lex Aelia Sentia. Entendemos que el ruego mediante fideicomiso de manumitir hecho a un menor de la edad establecida en la citada lex es lo que servía de iusta causa manumittendi. Vid. tb. pag.

(15) Así lo mantiene, entre otros, Voci, Diritto ereditario..., II, 2 nota (104) pag. 426 poniendo también en relación D. 4. 4. 33 con D. 40. 2. 20, pr., afirmando que el menor no está obligado a manumitir perdiendo un esclavo propio y que se le permite restituir el legado ya adquirido.

(16) Vindikation und Vindikations legat, cit. en SZ 31 (1910), pag. 264

dicione vel post tempus libertas data est.) aestimatio (sc. in falcidia ratione ponenda) porinde a statuliberi fieri debet.

Hay diferencias entre lo recogido en el Digesto y la reconstrucción - que nos propone Lenel. Es posible que el texto de Valente hubiese sido - cercenado por los compiladores quizá creyendo que el fragmento seguía - teniendo sentido tras la mutilación. En nuestra opinión no carece de in- - terés esta parte suprimida por la mano de los compiladores. Voci (17) - agrupo en su estudio desde D. 35.2.33 a D. 35.2.37, de donde deducimos - que si el testador lega un esclavo y ruega (fideicomiso) al legatario - que manumita, el legado no está sometido por disposición del senadocon- - sulto a la deducción ex Falcidia.

D. 35. 2.37, 1 dice: Sed et si heres nervus alienus rogatus est manu mittere, placuit ut etiam huius pretium ex aestimatione hereditatis dedu ci debeat.

Valente trata aquí del heredero a quien se encomienda por fideicomiso que manumita a un esclavo que pertenece a otro dueño y nos dice que se - admitió que también debe deducirse de la estimación de la herencia el va - lor del esclavo.

Se hace referencia en el texto a problemas relativos a la aplicación de la lex Falcidia y bajo esta rúbrica lo situaron los compiladores en el título II de D. 35.

Para Voci (18), en relación con lo contenido en este párrafo, es cla - ro que al heredero no puede serle impuesto el pago de las sumas necesas - rias para adquirir, a los fines de la manumisión, los esclavos ajenos. De ahí la deducción de la estimación de la herencia del valor del esclavo - perteneciente a otro dueño y cuya manumisión fue encomendada al heredero.

(17) Diritto ereditario..., II, 2 pag. 426 (nota (105))

(18) Voci, Diritto ereditario..., II, 2 nota (34), pag. 761

En nuestra opinión, el texto puede considerarse como genuino.

D. 33.1.47, texto que Lenel situó a continuación, dice: Campanus - scribit non debere praestorem pati donum manus operam imponi ei, qui ex fideicommissi causa manumittitur, sed si, cum sciret posse se id recusare, obligari se nactus sit, non inhibet doni operarum petitionem, quia - donasse videtur.

Se trata en el fragmento de los servicios a prestar por el manumitido posteriormente a la manumisión y recaba Valente la opinión del jurista Campano en el sentido de que el pretor no debe tolerar que se impongan servicios, regalo o donación al que es manumitido por causa de un fideicomiso, ahora bien, al sabiendo el liberto que podía negarse a cumplir, se avino a obligarse a ello, no debe impedirse la petitio operarum (19) pues parece que el liberto lo hizo como donación.

Incide el texto en un tema muy importante dentro de la libertad fideicomisaria como es el de la atribución del patronato y las operae servorum.

En cuanto a la genuinidad del texto no se pone en duda salvo la parte final quia donasse videtur. Es Pringsheim (20) quien sostuvo que esta parte es un añadido en base a unos argumentos que podemos considerar aceptables. En primer lugar, no le parece muy correcto el videtur, estimando que en buen latín clásico debería decirse videtur. En segundo lugar, dada la redacción del fragmento, no creyó que se estuviese refiriendo a una donación, sino en todo caso a un mandato. El presunto patrono, pues, mandaría al liberto (manumitido en virtud del fideicomiso de libertad) la realización de un determinado servicio, y éste, gratuitamente, lo realizaría. Por ello, si el liberto sabiendo que no estaba obligado a realizar esos servicios se avino a cumplirlos, podrá el pa-

(19) En la edición castellana del Digesto de los profesores D'Ors, Hernández-Tejero, etc., traducen el non inhibenda operarum petitionem, como que no debe impedirse la acción de servicios, dando un sentido mucho más restringido, concreto y técnico a lo que en el texto se dice, petitionem operarum.

(20) Aninus donandi, en SZ 32 (1921) pag. 322 y nota (3)

trono exigirlos. Si se considera como donación del liberto al patrono haría más difícil la posibilidad de exigencia, si tenemos en cuenta que el liberto podría revocar esa donación.

La reconstrucción del libro VI de Valente de libertate fideicommissaria finaliza con un texto de Paulo 3 fideic., D. 40. 5.25, en el que aparece citado el jurista objeto de nuestra atención. Si heres qui vendidit servum sine successore decesserit, emptor autem extet et velit servus defuncti libertus esse, non emptoria, non esse cum audiendum Valens scripsit, no emptor et pretium et libertum perdat.

El heredero ha vendido un esclavo (debemos suponer que se trata de un esclavo que ha sido beneficiado por el causante con una manumisión fideicomisaria) y muere sin dejar sucesión, pero el comprador del esclavo continúa con vida. ¿De quién será liberto el esclavo una vez efectuada la manumisión? ¿lo será del difunto heredero o del comprador? Si el esclavo quisiera ser liberto del heredero difunto y no del comprador, Paulo acude a Valente que opinaba que no debía el comprador perder el esclavo y el precio a la vez.

Todo esto responde a un planteamiento según el cual el heredero fiduciario al que se ha encargado una manumisión no puede enajenar el esclavo favorecido con esa manumisión, pero si a pesar de todo lo enajena, la obligación de manumitir se transfiere al adquirente. (21) Después de esta enajenación la obligación de manumisión se podía cumplir de dos maneras: —o el fiduciario recuperaba el esclavo del adquirente y cumplía —él mismo el acto de la manumisión, o —manumitía el adquirente. Pero, la situación no era igual para el esclavo manumitido, el cual en el primer caso tenía como patrono al fiduciario, y en el segundo caso al adquirente. Por ello el esclavo tenía la posibilidad de elegir la persona que lo debía manumitir. Esta facultad de elección en favor del esclavo de la pag

(21) Vid. Voci, Diritto ereditario..., cit., II, 2 pag. 423-24

(22) Vid. D. 40. 5. 24.21. También, entre otros, Voci, Diritto ereditario..., cit., II, 2 nota (38), pag. 424. Impallomeni, La manumissioni..., cit., pag. 74.



sona que debía manumitirle parece que fue concedida por Adriano y por Antonino Pio, (22) y también parece ser que se le concedió más en el sentido de que una vez realizada la manumisión pudiese el esclavo elegir al patrono, si no había podido hacerlo antes. Como es lógico, y aunque sea salimos de nuestro tema, el que adquiría un esclavo que debía ser manumitido y desconocía esta circunstancia podía ejercer las acciones por evicción contra el vendedor.

En nuestro supuesto, como vimos, el heredero fiduciario muere sin sucesión, y el esclavo quiere ser liberto del difunto y no del comprador. La solución de Valente es que el comprador no debe perder el precio y el patrono a la vez. ¿Qué lleva consigo esta solución? Para Ortega y Carrillo de Albornoz (23) en este pasaje se afirma, si bien implícitamente, que el esclavo es privado de la facultad de elección, limitando este supuesto al caso de que el heredero que debía manumitir falleciese sin sucesor. Al morir el obligado a manumitir sin sucesor, si el esclavo a manumitir le elige como patrono, no tendría el comprador del mismo contra quien dirigir sus acciones, y en base a ello se priva de esta facultad de elección al manumitido. Voci (24) vió también en este fragmento una norma excepcional, una excepción a la regla general de la posibilidad de elección por parte del esclavo de la persona que ha de ser su patrono.

En nuestra opinión este análisis que hemos expuesto no agota todas las posibilidades de interpretación del fragmento. Creemos que Impalloni llega más lejos y ofrece una solución más acorde con lo que debió ser la realidad. Según él, negar al esclavo la posibilidad de ser liberto o cino solo porque el fiduciario difunto no tiene herederos no parece razonable pues contra el difunto era siempre ejercitable la fissio in bona que podía llevar a la plena satisfacción de los acreedores, y entre éstos se incluía el garantizado por la evicción, (25) En base a esto Impallo-

(23) Observaciones sobre el fideicomiso de libertad, Homenaje a Roca Sastre, Madrid, 1976, pag. 204, nota (31)

(24) Diritto ereditario..., II, 2 nota (83) pag. 424

(25) Le manomissioni..., cit. pag. 76

mení supone, y a nosotros no nos parece una suposición muy arriesgada, que el fragmento ha sido reducido, mutilado, y que Valente y Paulo, para negar la aplicación de las constituciones que otorgaban la facultad de elección, consideraban necesario que el fiduciario encargado de la manumisión además de fallocer, y fallocer sin herederos, lo hubiera hecho, utilizando un lenguaje actual, en estado de quiebra.

No vamos a profundizar más en el asunto controvertido. Nos adherimos a la postura mantenida por Impallomeni y admitimos como muy posible la mutilación del texto la cual le privó de todo el alcance que tenía.

Con este fragmento, como dijimos, finaliza la reconstrucción del libro VI de Valente de libertate fideicommissaria. En él Valente trató de temas diversos, cuestiones muy dispares que tenían como punto común la manumisión fideicomisaria. Dedicó Valente su atención a un tema importante como es la atribución del patronato del esclavo manumitido, pero no fue éste el único.

#### b) Muciano.

Iniciamos el estudio de los fragmentos que componen los dos libros de la monografía de este jurista, el XV y el XVI, que en la Palingenesia leneliana aparecen bajo el título De fideicommissariis libertatibus.

El fragmento situado por Lenel en primer lugar es D. 40.5.32 que dice: Sed si alienare quidem sit paratus, non ante tamen id velit facere, quam sibi in pretium satisfiat, non erit manumittere compellendus, ne et servus manumittat et interdum nihil aut minus consequatur, si forte is, qui rogatus est manumittere, solvendo non sit. § 1. Invito tamen servo neque alii neque domino eam rem persequi condecendum est, quia non tale sit hoc fideicommissum, ex quo domino quid adquiratur: alioquin inisi datum videretur, quod potest contingere, si testator plura cum servo, quam quanti est, redimi ac manumitti voluit: nam tunc et domino erit fideicommissi persecutio, cuius interest praefer verum

pretium id, quod plus ei iussus est dare, consequi, et servi, ut ad libertatem perveniat. 2. Quod eveniet et si rem alienam certa pecunia - redimere atque illi praestare heres vel levatarius intellegerentur: nam que tunc et domino rei et ei, qui eodem praestare deberet, persequutionem esset: utriusque enim interesse et domini, ut praetor pretium accipiat - quo plura eam testator redimi iussit, et eius cui relicta est, uti eam habeat.

En el principium se trata de un esclavo ajeno, es decir, que no pertenece al fiduciario que ha recibido el encargo de manumitir, en este caso el fiduciario tenía que adquirir al esclavo y proceder a la manumisión.

Todo el fragmento encaja muy bien con el anterior D. 40.5.31 que trata también de la libertad fideicomisaria concedida a un esclavo ajeno. - en esta tarea de acoplamiento de los fragmentos para la confección del Digesto se produjeron, como venimos diciendo, mutilaciones y cercenamientos en los textos. En concreto, éste que estamos examinando, visto en su lugar del Digesto, tiene sentido al ir precedido de D. 40.5.31. Aislado de ese contexto es más difícil de comprender. Intenté reconstruirlo. - Sed si alienare quidem sit paratus (dominus servi, quem testator redimi et manumitti voluit). Posiblemente en el texto original de Modiano éste sería así. O Modiano especificaba que se refería al dueño del esclavo a quien el causante quiso redimir, o en la parte que precedía a la exposición de este jurista a la que fue seleccionada por los compiladores se hacía mención expresa a ello como se hace en el fragmento de Paulo que lo precede en el Digesto. En cualquiera de los dos casos nos parece — acertada la intervención de Lenel.

En cuanto al contenido concreto del fragmento se refiere a l'Impellomeni cuando estudia D. 40.5.31,4 (26). En olvido que Paulo conocía — lo dicho por Modiano sobre este tema, y supongamos que los compiladores seleccionaron un texto de Paulo porque seguramente estaría más matizado que el de Modiano en lo relativo a lo que ellos querían resaltar (27).

(26) l'Impellomeni..., cit.

(27) Aunque como veremos en su momento no podemos negar cierta intervención compilatoria en el texto de Paulo, fundamentalmente de reducción y resumen.

En el § 1 sigue tratando problemas referentes a la manumisión fideicomisaria del esclavo ajeno, y en él se afirma que contra la voluntad del esclavo no se debe permitir ni al dueño ni a otra persona que oxija el cumplimiento del fideicomiso dado que este tipo de fideicomisos no son de los que sirven para que el dueño adquiera algo, puesto que en este caso sería un fideicomiso a favor del dueño y en el que nos ocupa el beneficiario es el esclavo. Después nos indica un caso en el que sí puede tener interés el dueño en que el esclavo sea manumitido, y por lo tanto este dueño tendrá acciones para exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso (28). En nuestra opinión, esta parte del texto no ha sufrido alteración alguna.

El § 2 claramente es un excurso. Meciano se aparta del campo de las manumisiones fideicomisarias para analizar situaciones similares que se producen en otros campos y cuyo resultado es el mismo que el que nos ha ofrecido en el asunto concreto que ha estado analizando.

El siguiente fragmento, último de los que se han conservado del libro XV, en D. 40.5.35. Dice así: Gaii Cassi non est recepta sententia existimantis et heredi et legatario remittendam interdum uxoris servi manumittendi necessitatem, si vel usus tam necessarius esset, ut eo carere non expediret, veluti dispensationis pedagogice liberorum, vel tantum delictum est, ut ultio remittenda non esset, visum est enim ipsos in sua potestate habuisse: non potuissent discedere a causa testamenti: qua non omnia debere voluntati defuncti obsequi.

En el fragmento se recogen opiniones contrapuestas; Meciano frente a G. Casio (29). G. Casio sostenía la posibilidad de disponer al heredero o al legatario de la obligación de manumitir al esclavo aduciendo una serie de razones que justificarian o ampararian tal posibilidad. Pero Meciano, siguiendo la tendencia ya apuntada que persigue que se cumpla

(28) Vid. Impallomeni, Le manomissioni..., cit., nota (153) pag. 103

(29) G. Casio Longino, cónsul en el año 30 d.C., muerto bajo el gobierno de Vespasiano.

la voluntad del causante y por ende que el esclavo consiga la libertad sale al paso de esta opinión de Casio Longino estimando que no debe negarse la manumisión por razones tales como la de que el esclavo está prestando unos servicios imprescindibles o ha cometido un delito del que no se le puede perdonar, dado que el heredero podía haber repudiado el testamento. Una vez aceptado, tiene que cumplirse la voluntad del difunto. Y lo mismo sucede con el legatario; puede no aceptar el legado, pero una vez aceptado, debe cumplir la voluntad del causante. (30)

En cuanto a la genuinidad del texto, ha sido puesta en duda en parte, por Albertario, (31) que consideró al mismo alterado al serle añadido el vel anterior a usua iam necessarius esset, y toda la parte final desde vel tantum hasta remittenda non esset. Independientemente de que a continuación analicemos los argumentos de Albertario, diremos que esta posible alteración no afecta para nada al sentido substancial del fragmento que puede ser considerado en todo lo demás clásico.

Albertario partió en el trabajo que dedicó a Delictum e Crimen de dos afirmaciones: 1º.- Que delictum en las fuentes jurídicas clásicas es el acto ilícito generador de Obligatio, castigado por el ius civile con una pena privada, y 2º.- que los ejemplos clásicos de delictum son solamente los cuatro indicados por Gayo (32). A estas dos afirmaciones se oponen numerosos textos de la compilación justiniana, uno de los cuales es el objeto de nuestra atención.

Pero para Albertario, una completa revisión de estos textos nos lleva a comprobar que pertenecen a la época postclásica o justiniana o a concluir que han sido alterados.

(30) Véase en este fragmento. Impallomeni, Le manomissioni ..., cit., pag. 63, nota (14), la tendencia a atenuar, en tiempos de G. Casio Longino, el alcance obligatorio del fideicomiso de libertad, en contraste con lo que será la dirección legislativa y jurisprudencial posterior manifestada por la opinión de Meciano.

(31) Delictum e Crimen, Studi, III, pag. 155

(32) Gayo III 182: ... veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, - damnum dederit, iniuria commiserit.

En nuestro caso mantiene la alteración basándose en la discordancia existente entre el vel esset y el vel est. La referencia al delictum sería un añadido justinianeo y el vel anterior de necesaria inserción para dar entrada a ese suplemento final.

El libro XVI de la monografía de Meciano, De fideicommissariis libertatibus 2, comienza con un fragmento situado en D. 40.5.36: Neque infantes neque furiosi neque ab hostibus capti neque hi, quos religio aut honestior causa vel calamitas aliqua vel maior res familiaris aut capitis fecerit periculum aut similia causa moretur. Rubriano senatus consulto continentur: ac ne pupilli quidem, qui tutores non habent, - si eos habent, quos eorum causa detinet, sed nec, si hi data opera sui potestate non faciunt, tuto pupillis libertos eripi, quia et inimicus est facto tutoris, qui foemina solvendo non sit, pupillum damnum affici, et senatus consulto non continetur alius quis quam qui ex causa fideicommissi debet praestare libertatem quid ergo est? Dasumiano senatus consulto subvenitur his, quo cautum est de his, qui iusta ex causa abessent, ut nec libertas impediatur nec libertus ei eripiat, his qui fraude careant. § 1.- Si per procuratorem quis defendatur, semper iusta ex causa abesse dicitur nec libertus ei eripitur. § 2. - Nihil facit ad intervallendum iurisdictionem eius, qui de fideicommissa libertate composcit, privilegium cuiusque vel civitatis vel corporis vel officii, in quo quisque est, vel condicio personarum.

En el principium trata Meciano de los senadoconsultos Rubriano y Dasumiano, dándonos cuenta de los casos en que no sería de aplicación el primero de ellos entrando en juego el segundo. (33) Observamos en es-

(33) El Sc. Rubriano (la fecha de su publicación no es segura, pero - los años 101 ó 103 p.C., son los mas probables) nos es conocido - en parte por D. 40.5.26, 7 y por D. 40.5.33,1. De estos textos - se pueden extraer dos disposiciones referidas ambas a la libertad fideicomisaria: 1º.- Si los que deben manumitir no quieren - acudir al llamamiento del pretor y éste hubiese decretado, causa committit, que se debía la libertad, se actuaba lo mismo que si - los esclavos hubiesen sido manumitidos directamente. 2º.- También tendría lugar el SC. Rubriano aunque se hubiese dado la libertad bajo condición, siempre que el incumplimiento de la condición no dependiese del mismo esclavo. Del SC. Dasumiano (cuya fecha de aparición tampoco es segura, Volterra dice que es de fecha incierta y propone el año 101 p.C.; Voci, basándose en D.40.5.5 que en

te texto dos de las características que impregnaron la labor de los juristas en esta época en materia de fideicomisos de libertad. Por un lado, la ya repetida tendencia a que se cumpliera la voluntad del causante y por tanto que el esclavo adquiriese la libertad, y por otro lado, tratar de solucionar el problema de la atribución del patronato.

El SC. Rubriano no se aplicaría, y por lo tanto no se considera al esclavo manumitido directamente, si los que no acuden al llamamiento del pretor son infans o locos, o se hallan prisioneros del enemigo, etc. Tampoco a los pupilos que carecen de tutor o lo tienen en algunas de las condiciones anteriormente dichas. Además, nos dice Meciano que cree que los tutores no deben privar a los pupilos del patronato sobre los libertos ni aún en el caso de que dejen de presentarse por su voluntad,

(Continuación nota 33) su opinión recoge una norma del Dasumiano, localizada en la época de Adriano, antes del año 123 p.C.) tenemos noticias en D. 40.5.22,2 y D. 40.5.51, 4 y 5. Prescribía este SC. - que en el caso de una manumisión fideicomisaria, cuando el heredero o alguno de los coherederos estén ausentes por causa justificada (absentia ex iusta causa es, en palabras de Voci, aquella debida a un motivo cualquiera diferente del deliberado propósito de no comparecer ante el tribunal), o bien no aparece, o se esconde para no cumplir el fideicomiso, etc., el pretor tenía la facultad de declarar libres en base al testamento a los esclavos allí nombrados los cuales serán considerados manumitidos ex causa fideicomisaria. Una disposición basada en Paulo sent. 4.13,3, es dudosa - que pertenezca a este SC. Se refiere al caso de que los herederos sean infantes y se nombre a los esclavos manumitidos tutores testamentarios. Se procedería antes que al nombramiento de los tutores a la declaración de libertad de los esclavos, y esto porque si no no podrían ni los pupilos ni los tutores proceder a la manumisión (Vid. Volterra, Senatus consulta, NDI, XVI, pag. 1072, n° 134 y 135; Voci, Diritto ereditario..., II, 2 pag. 413 y ss.) - Tanto uno como otro SC. nos muestran la acusada tendencia por parte de los juristas y del poder público encaminada a que la voluntad del causante se cumpliera procurando vencer por todos los medios los obstáculos y las resistencias que se opusieran a ello, - siendo una manifestación más de la tendencia favorecedora de la libertad.

En cuanto a la fecha del SC. Dasumiano, vid. tb., Besnier, La date des senatus-consultus Dasumien et Articuliens, en donde se sostiene el año 119 p.C. como fecha de promulgación del Dasumiano basándose en el descubrimiento de una inscripción en la que se aclara que el cónsul colega de Adriano en el año 119 del que solamente se sabía que se llamaba Rusticus, era en realidad Dasumius Rusticus. La inscripción en cuestión dice: IMP (M)ATORE CAES (AR) TRAIANO ADRIANO AUGUSTO IIII P. DASUMIO RUSTICO CONGULIBUS.

pues sería injusto que un pupilo sufriera daño por un acto de su tutor. Por ello estima el jurista que el SC. solo afecta al mismo que debe manumitir a causa de fideicomiso. Y a la pregunta de qué se debe hacer en estos casos nos responde que se asiste a los esclavos con el SC. Damu- miano que se refiere a los que se hallan en ausencia justificada, con - lo cual no se impide la manumisión ni se priva del patronato a los que no han obrado con fraude.

A nosotros el contenido del texto nos parece substancialmente clásico.

Beseler consideró alterado el habeant (aut. eos habeant) y desde ini- quum hasta adficiet, cuando examinó el forçitan, que desde luego tiene sabor justiniano. (34 ).

Ehrard (35 ) vió en este fragmento, y no le falta razón, una gran meg- colansa, un gran mosaico de datos sobre el contenido y efectos de estos senadoconsultos.

Impallomeni (36 ) señaló que el texto en su última parte podía haber sido abreviado por los compiladores y que además la expresión frauda - garere aparece en otro texto de seguro origen compilatorio. También - apreció lo que para él son discordancias en la expresión, pero acabó con eluyendo que no obstante la posible reelaboración, el pensamiento de Ma- ciano no parece fabricado. Nosotros, como ya hemos dicho, consideramos que el contenido del fragmento es substancialmente clásico.

El § 1. sigue mostrándonos la preocupación de Meciano por una preci- sa atribución del patronato del esclavo manumitido en virtud de un fidei- comiso de libertad. Dice el texto que si alguien se defiende por medio de un procurador, se entiende siempre que la ausencia es justificada y

(34 ) Beiträge, 3 pag. 89

(35 ) Beantw. und vorzfallspl. im Ausdruck dare operan, en SZ. 46 - (1926) pag. 155

(36 ) Le manumissioni..., cit. pag. 91



no se le priva del patronato. El procurador acudiría a la llamada del pretor y aunque su presencia no evitaría que la manumisión se realizase si evitaría que su representado perdiese el patronato.

No creemos que el texto haya sufrido alteraciones por lo que le consideramos genuino.

El § 2. aborda problemas relativos a quié debate conocer la causa sobre un fideicomiso de libertad. Nos dice Meciano que de nada sirve para denegar la jurisdicción del que debe conocer en estas causas el que exista un Fuero privilegiado en una determinada ciudad, corporación o cargo en el que pueda encontrarse la persona que debe manumitir, ni tampoco sirve para ello la condición de las personas.

También aquí es clara la tendencia a evitar todos los posibles obstáculos que pudiesen retrasar o dificultar la concesión de la libertad. No se podrá recusar la jurisdicción de la persona encargada de conocer de esas causas por la existencia de privilegios de jurisdicción, ya personales (por el cargo que se ocupa o por la condición de la persona), ya concedidos a una ciudad o corporación. Pensamos también que este texto es genuino y que no ha sufrido alteraciones considerables.

El fragmento que cierra el libro XVI de Meciano es D.40.5.54. Lenel, para su mejor comprensión, nos le presenta precedido del § 1. de D.40. 5.53 (Meciano 4 reg.) (37) con el que guarda evidente relación. El conjunto dice así: Si nondum debita libertate fideicommissa ancilla pere- rit, studio tamen heredis fuerit effectum, ut nondum libertas deberetur veluti quod tardius edit hereditatem, ut qui nati sint ex ancilla servi eius fiant, placet manumittendos, sed mancipari matri oportere, ut ab ea manumitterentur et liberti potius matris fiant: Si mater, postquam - filium accepisset, vel qui in eius locum successit praestare noluit li-

(37) Apreciamos un error en la moderna edición castellana del Digesto de los profesores D'Ors y Hdez.-Tejero, etc., en donde este fragmento viene atribuido al libro 5 reg. de Marciano, cuando en realidad pertenece al libro 4.

bertatem compellendi sunt: amplius si mater aut nollet sibi filium tradi aut in rerum natura esse desisset, non ab re est dicere, nihil minus ita natia ab herede libertatem praestari.

El problema planteado se refiere a los hijos nacidos de una esclava - manumitida ¿Quid iuris si nacen cuando todavía no se había procedido a - la manumisión de la madre? En el texto de Marciano se afirma que si los - hijos han nacido cuando todavía no se debía el fideicomiso de libertad, pero dependía del heredero el que todavía no se debiera (p.e., por retrasarse en adir la herencia con el fin de que los hijos de la esclava naciesen esclavos) se admite que hay que manumitirlos, pero que se deben - entregar a su madre para que sea ella quien les manumita, con la consecuencia de que los manumitidos se hacen libertos de su madre y no del heredero (38).

Meciano dice que si la madre, después de haber recibido la propiedad de su hijo (como esclavo suyo) o bien el sucesor de ella (en el supuesto de que falleciese) y se negaban a darle la libertad, deben ser obligados a hacerlo. Pero Meciano va más lejos. Si la madre no quiso que le entregaran la propiedad de su hijo (como esclavo suyo) o hubiese muerto, a pesar de todo el heredero debe dar la libertad al hijo.

En primer lugar, seguimos observando la acusada tendencia dirigida a salvar los obstáculos que se oponen a la libertad, en este caso extendida a los hijos de la esclava favorecida con un fideicomiso de libertad - nacidos cuando todavía no se debía el fideicomiso, pero la causa de que todavía no se debiese dependía del heredero.

En segundo lugar, es evidente que el texto de Meciano está mutilado. Los comisionados justinianeos seleccionaron esta parte que encajaba perfectamente entre los dos textos de Marciano que le preceden y le siguen. Es de suponer que Meciano estaría tratando con anterioridad a la parte - seleccionada un tema similar al de Marciano quien posiblemente también -

(38) Vid. Impallomeni, La manomissione..., cit., nota (195) pag. 117.

habría tenido en cuenta la obra de Marciano para confeccionar su liber regularum. Ya porque Marciano matizaba más o exponía el caso más ampliamente, ya por otras razones, lo cierto es que los comisionados obraron de esa forma intercalando entre los dos textos de Marciano este pequeño fragmento de la obra de Meciano, fragmento que, como decimos, consideramos mutilado, separado del iter argumental seguido por su autor.

En cuanto a la genuinidad del texto ya Lenel nos hizo dos indicaciones. (39) La primera referida al postquam filium accepisset; consideró que fue suprimido mancipio que estaría entre filium y accepisset. La segunda es la substitución del tradi por mancipari. Nos mostramos de acuerdo con él en estas dos rectificaciones que por su evidencia no merecen comentario alguno.

Leseler (40) consideró altamente sospechoso el non ab re pero no nos dió ningún argumento en que basar sus sospechas. Por nuestra parte no creemos que esta duda pueda afectar a la substancial claridad del fragmento.

Estos son los fragmentos de la obra de Meciano referidos a las libertades fideicomisarias que se han conservado. Fuera de ser reiterativos tenemos que afirmar que una preocupación predominante en este jurista, a través de los restos que nos han llegado, parece ser la de conseguir salvar los obstáculos que se oponen a la concesión de la libertad fideicomisaria. Otra de las preocupaciones que aflora en los fragmentos es la de conseguir una correcta y precisa atribución del patronato.

#### c) Pomponio.

Solo se ha conservado un fragmento del libro III (De libertate fideicommissaria) de la monografía de Pomponio sobre los fideicomisos.

Este fragmento es el que aparece en D. 40. 5. 34, y dice así: Invitus is, cui fideicommissum libertas relicta est, non est tradendus alii, ut

(39) Pal., I, notas (1) y (2), col. 587

(40) Miszellen, SZ 45 (1925) pag. 261

ab eo manumittatur et fiat alterius libertus, quam qui rogatus est manumittere. § 1.- Campanus ait, si minor annis viginti rogaverit heredem ut proprium servum manumittat, praestendam ei libertatem, quia hic lex Aelia Sentia locum non habet. § 2.- Servus legatus erat Calpurnio Flacco isque rogatus erat eum manumittere et, si non manumisisset, idem servus Titio legatus erat et is sequae rogatus erat, ut eum manumitteret: si non manumisisset, liber esse iussus erat. Sabinus dicit inutiliter legatum fore et ex testamento eum continuo liberum futurum.

En el "principium" se dice que la manumisión ha de realizarse por el propio fiduciario (suponemos que para que quede él de patrono). Pomponio afirma que el esclavo al que se le deja la libertad por fideicomiso no debe ser entregado contra su voluntad a otra persona de modo que ésta le manumita y se haga su patrono sino que debe manumitirle a aquel a quien se encargó hacerlo.

En nuestra opinión hay que relacionar este texto de Pomponio con otro ya visto cuando estudiamos los fragmentos de la monografía de Valente D. 40.5.25 (Paulo 3 fideic.) en el que Paulo acude a Valente en un caso en el que el encargado de manumitir ha vendido al esclavo al que se debía la manumisión. El esclavo, pues, no debe ser entregado contra su voluntad a otra persona para que ésta le manumita (y esto es así porque la obligación de manumitir se transmite al adquirente, como ya vimos en su momento,) pero si a pesar de esto la entrega se efectúa se concedió al esclavo la facultad de elegir quien sería su patrono.

El texto nos parece genuino con la salvedad apuntada por Lenel en el sentido de que en donde aparece tradendus, en el texto original sería mancipandus (37).

En el § 1. se trata el caso de un disponente menor de veinte años (38) que encarga a su heredero que manumita un esclavo propio. Nos dice Pomponio, tomando en consideración una opinión de Campano, que no es de aplicación lo dispuesto en la lex Aelia Sentia (en lo referido, suponemos, a la edad).

(37) Pal. II, nota (1), col. 59.

(38) Vid. nota (2) pág. 332.

Impallomeni (39) analizó a fondo este texto cuando estudió las leyes Fufia Caninia, Aelia Sentia, Iunia Norbana y sus sucesivas extensiones. De su interpretación puede deducirse la existencia de un EC. que prohibía la manumisión indirecta mortis causa de un esclavo propio del causante menor de veinte años. La lex Aelia Sentia habría aparecido cuando todavía las manumisiones fideicomisarias no habían sido reconocidas, por lo cual éstas, en un primer momento, no estaban sujetas a sus disposiciones. Así, nos dice, surgieron discrepancias y contradicciones en el sistema jurídico general, a las cuales se tiende a poner remedio con sucesivas intervenciones legislativas.

El régimen relativo al menor de veinte años para las manumisiones fideicomisarias en el último período clásico sería, pues, el siguiente: - El menor podía encomendar la libertad de un esclavo del gravado o de un tercero, sin límite; al propio esclavo, previa adprobatio. El menor gravado, está obligado a manumitir, previa adprobatio, que, en opinión de Impallomeni, debía serle concedida siempre (la iusta causa estaría en la obligación de manumitir); sin embargo, si el esclavo pertenece al mismo menor gravado, la concesión de la adprobatio sigue las reglas comunes.

En cuanto a D. 40.5.34.1, nos dice Impallomeni que la tesis mantenida por Campano era todavía válida en tiempos de Pomponio (40) de esta tesis parece deducirse la segura irrelevancia de la lex Aelia Sentia para el fideicomiso dispuesto por un menor en favor de un esclavo no heredatario; a sensu contrario, no sería irrelevante para el fideicomiso en favor del esclavo hereditario.

En conclusión: el menor podía disponer la libertad para un esclavo ajeno sin que entrase en juego la lex Aelia Sentia pero no podía disponer la libertad indirecta para sus propios esclavos de los cuales la ley Aelia Sentia ha prohibido la manumissio testamenti. En caso contrario se admitiría muy notoriamente la validez de un acto en fraude de ley.

(39) Le manumissioni..., cit., pag. 123 nota (32); 141, 142 nota (79); 145; 146; 233 nota (29).

(40) La época en la que vivió Campano no es conocida con exactitud. Ig. nel nos dice que escribió después de la aparición de la ley Aelia Sentia y que es citado por Valente y por Pomponio.

Este régimen se complementa, siguiendo los argumentos de Impallomeni, por lo que enseña Ulpiano en D.40.5.4,18 (60 ad ed.) Item si minor viginti annis dedit libertatem, dicemus non competere, nisi si fideicommissum haec enim competere, si modo potuit causam probare minor viginti annis, si vivus manumitteret (41).

Justiniano modificó el régimen de la Aelia Sentia en cuanto a la edad del disponente para manumitir mortis causa. Así nos lo expresa en I. 1, 6,7: "... ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori viginti annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi si septimum et decimum impleverit et octavum decimum tetigerit..." y esta innovación justiniana no aparece reflejada en nuestros textos (D.40.5.34, 1 y D. 40.5.4, 18) por la sencilla razón de que la misma fue introducida por medio de las Instituciones cuya elaboración fue paralela a la del Digesto. Sin embargo en el Codex Repetitae Praelectionis ya los compiladores actuaron adaptando a esta disposición del emperador las constituciones que se refieren al tema. (42).

En cuanto al SC. al que hacíamos referencia anteriormente, es una conjetura que sostiene Impallomeni. Conjetura, porque expresamente no aparece mencionado, pero, en su opinión, viene aplicado en algunos textos entre los cuales se encuentran el nuestro, D.40.5.34,1, y el de Ulpiano que hemos examinado D. 40.5.4,18. Este SC. prohibiría las manumisiones indirectas mortis causa de un esclavo del causante encomendadas por un menor. (43) Nosotros creemos también posible la existencia de este SC. que aún sin ser mencionado vemos presente en el texto de Pomponio.

Y esta deducción de Pomponio, como ya dijimos en su momento, (44) la vemos también inspirada en el deseo de favorecer la libertad, tendencia común, como venimos observando, en los juristas que dedicaron su atención a estos temas.

(41) En la moderna edición castellana del Digesto de los profs. D'Ors, - Hernández-Tejero, etc. se vuelve a traducir "menor de veinte y cinco años", cuando, evidentemente, en el texto se dice "viginti annis".

(42) Así C.7.4.5: Imp. Alexander A. Deionysio: "Minor viginti annis - lege definitis nec per fideicommissum libertatem suprema servus quis relinquare potest nisi his, quorum causam probare potest" (a. 22) Esta adaptación de la constitución de Alejandro a la disposición justiniana nos la ofrece Impallomeni, pag. 142.

En nuestra opinión el texto es substancialmente clásico.

En el § 2. se aborda el supuesto de unos legatarios que incumplen el fideicomiso de manumitir. El causante lega un esclavo a una persona para que lo manumita; si no lo hace, se lega ese mismo esclavo a otra persona a la que también se encarga la manumisión. Si esta segunda no lo manumite, se dispone que el esclavo quede libre. Recurre Pomponio a la opinión de Sabino que decía que en este caso el legado resultaba sin efecto y el esclavo se hacía libre directamente por el mismo testamento.

En el texto nos encontramos concurriendo un legado con una manumisión. El causante atribuye directamente la libertad al esclavo subordinándole a la condición de que el esclavo no sea manumitido por el legatario. Ante esta situación, las posturas de los juristas fueron diferentes, y Pomponio, siguiendo a Sabino concluyó que la manumissio ex testamento tiene eficacia inmediata y que el legado del esclavo no tiene efecto alguno. No vamos a entrar en concreto en el análisis de la solución adoptada por Pomponio, que, como decimos, es una de las que se dieron por los juristas clásicos (45).

En cuanto a la genuinidad del texto, nosotros creemos que no está muy alterado, o, por lo menos substancialmente alterado. Es posible, como apunta Voci (46) que los argumentos que se exponían en D. 40.5.34,2 hayan sido mutilados por los compiladores, pero creemos que en ningún modo manipulados o modificados.

Apreciamos también, pues, en Pomponio, la tendencia presente hasta ahora en los juristas que vamos examinando de obviar las dificultades,

(43) Le manumissioni..., págs. 145-146

(44) Pág. 338

(45) Sobre el tema de la concurrencia entre legado y manumisión, vid. entre otros, Talamanca, Sul concorso fra legato e manumissione, - estratto da Studi in on. di B. Blondi, Milano 1961; Astolfi, Studi sull'interpretazione della revoca implicita in materia di legati e di manumissioni, en SDHI 25 (1959) págs. 123-185, especialmente pag. 143, referida a nuestro texto; Voci Diritto ereditario..., II, 2, pag. 571 (nota 24) y 576 nota (37); Grosso, I legati..., pag. 330

(46) Diritto ereditario..., II, 2 nota 37, pag. 576

los obstáculos que se oponen a la libertad y la determinación, con la mayor precisión posible, de a quien pueda corresponder el patronato del esclavo una vez manumitido.

d) Gayo.

Este jurista trató de las libertades fideicomisarias junto con otros temas en su libro I (fideicomisos de herencia, capacidad, etc.)

Los fragmentos que hacen referencia a las libertades fideicomisarias son D. 35.1.88 y D. 35.1.90. Ambos ya han sido estudiados (47), pero diremos que en el primero parece tratarse de una libertad fideicomisaria que se hace depender de una prestación del propio esclavo, y en el segundo, que en el supuesto de una libertad fideicomisaria, el fiduciario debe proceder ateniéndose a la última voluntad del dueño. En este fragmento menciona Gayo un rescripto de Antonino Pío que no hemos podido localizar. Es una de las muchas muestras que vamos encontrando a lo largo de estos textos de la preocupación que por estos temas mostró el poder público.

En cuanto a la genuinidad de los fragmentos, nos remitimos a lo que dijimos cuando fueron más detenidamente tratados, (v. pag. 282).

e) Paulo

Los temas relativos a la libertad fideicomisaria fueron tratados por Paulo en el libro III de su monografía sobre los fideicomisos.

En su reconstrucción, Lenel situó en primer lugar D.35.2.33: Si ser-  
vus tibi legatus sit cumque rogatus sit manumittere nec praeterea co-  
pias unde quartum, quae per Falcidiam retinetur, recipere possis, sena-  
tus censuit cessare Falcidiam.

---

(47) Vid. págs. 213, 282 y 283.



Se refiere Paulo en este fragmento a la inaplicabilidad de la lex Falcidia a un legatario que no recibe más que un esclavo al que tiene que manumitir. Y esto se produce en virtud de una decisión del Senado de la que no conocemos ni el nombre ni la fecha de publicación. Esta decisión del Senado exonera, pues, de la retención de la cuarta Falcidia al legatario de un esclavo gravado a su vez con un fideicomiso de libertad en favor del mismo esclavo. (48)

¿Cuál sería la situación con anterioridad a esta decisión del Senado?

Es sabido que el fideicomiso de libertad puede ser impuesto en tanto en cuanto el gravado obtenga un beneficio económico igual o superior a la carga que le ha sido impuesta. Pero, dice Impallomeni, si sobre el valor del legado hay que pagar la Falcidia, el beneficio puede llegar a ser inferior a la carga impuesta y en consecuencia el fideicomiso de libertad decaería y el legatario mantendría no obstante el legado, aunque disminuido, y esto, en particular, cuando el esclavo, siendo hereditario, haya sido legado, o cuando no siéndolo, el legatario deba rescatarlo de un tercero. En el legado gravado con un fideicomiso de libertad, la falcidia pudo resolverse por ello en una ventaja además de para el heredero, para el legatario, y en un daño irremediable para el esclavo. Y todo esto, concluye Impallomeni, es contrario al espíritu de la ley que no tiende a dificultar las manumisiones y menos a favorecer al legatario. Y esta situación es la que intenta remediar en parte la decisión del Senado citada por Paulo en nuestro texto. El legado de un esclavo, gravado con un fideicomiso de libertad, no está sujeto a la lex Falcidia. De este modo no se rompe la equivalencia entre beneficio y carga y la manumisión deberá realizarse necesariamente. Esta decisión del Senado no se aplicaba en algunos casos, (49) pero -

(48) Vid. Impallomeni, Le manumissioni... págs. 173-75 y 233; Grosso, I legati... pag 344; Voci Diritto ereditario... II, 2 nota (105) pag. 426, y nota (13) pag. 756.

(49) Cita Impallomeni, entre otros: -si el legado no se limita solo al esclavo, sino que comprende cualquier otra utilidad. -si a la misma persona se le atribuye además del legado del esclavo un segundo legado.

por salirse del objeto de nuestra atención, no entramos en ellos.

El texto nos parece substancialmente clásico y no encontramos en él trazas de una intervención compilatoria.

El fragmento situado a continuación, extenso fragmento, D. 35.2.36, está muy relacionado con el que acabamos de ver. Nos presenta varios casos del modo de aplicar la Ley Falcidia a un legatario que ha de manumitir fideicomisariamente.

Pr.- Sed si non servus ipse legatus sit, sed pecunia rogatusque - sit legatarius servum suum manumittere, Falcidiam patietur et nihilo minus cogetur manumittere, quia tanti aestimasse videbitur servum suum.

En este supuesto no se lega un esclavo, sino una cantidad, y el legatario recibe el encargo de manumitir a un esclavo propio. Aquí el legatario sufrirá la reducción de la Falcidia y está obligado además a manumitir al esclavo, porque, dice Paulo, parecerá haber estimado el valor de su esclavo en la cantidad que recibió.

Voci ( 50 ) estudiando las normas que regulan la relación entre el beneficio que el gravado con una manumisión fideicomisaria recibe del causante y el sacrificio que le es pedido, nos dice que al legatario se le aplica un régimen diferente ya se le ruegue a un esclavo propio o a un esclavo ajeno, afirmando en la línea de nuestro texto en el que se apoya, que si se le ruega manumitir un esclavo propio debe manumitir siempre, también si el valor del esclavo supera el del legado.

El favor libratatis sigue estando presente en el espíritu de estos juristas que tienden siempre a que la manumisión querida por el causante se lleve a efecto.

En cuanto a la genuinidad del texto, creemos que el mismo no ha sufrido alteraciones.

1. Quid si alienum servum fuerit? in eo non plus quam accepit ad redimendum cogitur impendere.

Se plantea aquí el caso de que al legatario que ha recibido una cantidad se le ruega manumitir a un esclavo ajeno. Dice Paulo que no se obliga al legatario a gastar en la redención del esclavo más de lo que recibió del causante. Es decir, la disposición sería válida en tanto en cuanto la cantidad legada fuese suficiente para cubrir el precio del esclavo.

Di Salvo ( 51) presta su atención a este texto y al anterior en relación con dos fragmentos de Ulpiano D. 40.5.60 (60 ad ed.) y D. 40.5.24, 12 (5 fideic.) para demostrar la alteración de D. 40.5.6. Sobre estos textos volveremos cuando estudiemos en particular el fragmento de Ulpiano en su monografía sobre los fideicomisos.

En nuestra opinión el texto no ha sido alterado.

2. Sin vero heres servum rogatus sit manumittere, placet pretium eius, ut non alienum, deducendum esse.

Aquí se contempla el supuesto del legatario de una cantidad de dinero a quien se encomienda la manumisión de un esclavo propio. Nos dice Paulo que se admite que se dedusca como deuda el valor de tal esclavo. ¿Qué significado tiene esto? Debemos relacionarlo con las deducciones de la ley Falcidia de las que nos ha hablado en los pfs. anteriores. En nuestra opinión, de la cantidad recibida del causante, el legatario deducirá el valor del esclavo. Si efectuada esta deducción restase alguna cantidad, de ella se efectuará la deducción de la Falcidia. Creemos que no podemos separar este 2. del pr. del texto. En los dos se trata de un legado de dinero y del ruego de manumitir a un esclavo propio del legatario. En el pr. nos dice Paulo que el legatario sufre la deducción de la Falcidia y tiene la obligación de manumitir al esclavo porque "parece que ha estimado el valor del esclavo en la cantidad que recibió. En el -

---

(51) Il legato modale..., pags. 127 (nota 112); 374 nota (153) y 378 nota (167).

2. en cierto modo se trataría de mitigar la posición del legatario permitiéndole la deducción del valor del esclavo del cómputo de la Falcidia. Y este beneficio al legatario se hace sin perder de vista el objetivo final que es el de que el esclavo sea manumitido, lo cual se consigue - sin perjudicar al legatario, pues aunque, como dijimos anteriormente, el espíritu imperante en las manumisiones fideicomisarias no era el favorecer al legatario, tampoco había razón para perjudicarlo en sus intereses una vez conseguido el fin perseguido de conceder la libertad al esclavo. Descendiendo al terreno de los hechos el planteamiento sería el siguiente: El causante lega una cantidad de dinero a una persona para que manumita a un esclavo propio. Según el pr., el legatario debe manumitir y sufrir la deducción correspondiente a la Falcidia en la cantidad legada. Ahora bien. En el § 2. se mitiga, en nuestra opinión, este principio en el sentido de que la deducción de la Falcidia se hará sobre la cantidad que reste después de haber deducido al legatario a su vez de la cantidad recibida el valor del esclavo.

El texto para nosotros es genuino. No creemos que haya sufrido alteraciones o modificaciones substanciales.

3. Si solus servus legatus et fideicommissa libertate donatus fuerit, - licet Falcidia interviniente totus vindicari petere potest, sed et si aliud praeterea capiat legatarius, adhuc servus totus peti potest: - quantum utriusque ex legato retinendum, ne impediatur libertas.

Se sigue insistiendo en este texto en las deducciones establecidas por la ley Falcidia. Se señalan en el mismo dos supuestos referidos a un esclavo legado beneficiado con un fideicomiso de libertad. Dice Paulo que el legatario puede, en el supuesto de que con el esclavo se sobrepasen los límites impuestos por la ley Falcidia reivindicar o reclamar al esclavo entero, por supuesto para concederle la libertad. El segundo, es que el legatario, aparte del esclavo, reciba otra cosa también por legado. Dice Paulo que puede el legatario reclamar el esclavo entero, y que las deducciones establecidas por la ley Falcidia correspondientes a los dos legados se detraerán del otro objeto legado, concluyendo con lo que es ya una tónica general, para no impedir que el esclavo alcance la libertad.

Otra interpretación de Voci ( 52) a este párrafo al afirmar, refiriéndose a la relación entre las ventajas que el gravado con una manumisión fideicomisaria recibe del causante y el sacrificio que se le pide de realice, que si una sola persona resulta beneficiada con dos legados de los cuales solo uno lleva consigo la carga de la manumisión, se debe tener en cuenta el valor de los dos legados para establecer si el precio del esclavo resulta cubierto.

Pero no es exactamente esta la situación que plantea el texto ( 53) puesto que aquí el objeto del legado es el esclavo, y no una cantidad para que el legatario adquiriera el esclavo y luego le de la libertad. - Debemos pues entender el supuesto reducido a los contenidos que Paulo quiso expresar. La posibilidad que tiene el legatario de reivindicar - (si el legado del esclavo es per vindicationem) o reclamar (si el legado es per damnationem) el heredero la entrega del esclavo, aunque con ella se superen los límites de la Falcidia, para proceder a su manumisión; y en el supuesto de que el legatario reciba otro legado además - de el del esclavo, que la deducción debida se efectue sobre el otro objeto legado.

El primer supuesto contemplado en nuestra opinión debe relacionarse con otro texto ya visto del propio Paulo, D. 35.2.33, en el que aparece una disposición del senado en el sentido de la no aplicación de la deducción de la cuarta Falcidia. En este primer supuesto, que es similar a nuestro modo de ver, al recogido en D. 35.2.33, se aplicaría esta disposición del senado aunque aquí no haga Paulo referencia a ella, y no se efectuaría la deducción dispuesta por la ley Falcidia.

El segundo supuesto contemplado en el texto es uno de los de no aplicación de la disposición senatorial de los que ya hicimos referencia - (54 ).

---

(52 ) Diritto ereditario... II, 2 nota (102) pag. 425

(53 ) Se ajusta más a lo que dice Voci el otro texto que cita D.40.5.22, pr.

(54 ) Vid. nota (49 ) pag. 365.

En cuanto a la genuinidad del texto, Lenel, teniendo presente D.35.2.35 (Ulpiano 6 disp.) cree posible que en él se hubiese suprimido — Scaevola ait en la frase quartam autem utriusque ex legato retinendam. No descartamos la posibilidad, pero nuestra opinión es que los compiladores cortaron el discurso que Paulo estaba realizando en su monografía y así entre D.35.2.33 en el que habla de la disposición del senado y D.35.2.36, intercalaron un texto de Juliano (42 dig.) D.35.2.34 y un texto de Ulpiano (6 disp.) D. 35.2.35. Una vez reunidos los textos de Paulo va adquiriendo la coherencia que a veces pierde al considerar — los textos por separado y que puede hacer incluso innecesaria la referencia a Scaevola. Por lo demás, consideramos que el texto no está alterado.

4. Si incertum sit, an libertas praestari, veluti quod sub condicione vel post tempus data sit, numquid incerto eo an praestetur, cum — possit aut servus mori aut condicio deficere, interim Falcidia admittenda est, deinde cum libertas competere vel debere coeperit, tum legatarius illam partem recipiat, quem Falcidia detraxit? Caecilio placebat, si quid ex operis eius medio tempore consecutus fuerit heres, id in pretium eius erogare cum debere propter Falcidia rationem.

Se trata aquí de otro caso de aplicación o no de la deducción establecida por la ley Falcidia. El supuesto contempla que quede en suspenso si se debe o no manumitir al esclavo a quien se concedió la libertad fideicomisaria bajo condición o con un término suspensivo. Se duda si debe entre tanto aplicarse la Falcidia a pesar de ser inseguro que se manumita porque puede morir antes el esclavo o puede frustrarse la condición, para que luego, desde el momento en que empieza a corresponder la libertad (al esclavo legado) o a serle debida, requiera el legatario la cuarta que le quitó la Falcidia. Paulo menciona una opinión de Cecilio Africano (55) en el sentido de que si el legatario hubiese ganado algo en el tiempo intermedio con el trabajo del

(55) Es Cecilio Africano el Caecilio al que se refiere Paulo. Así — Lenel incluyó este fragmento en Africanus laudatur non indicato libro. dice tb. Non dubito, quin Caecilius, qui caepius laudatur. Cex. Caecilius africanus sit, exceptis tamen his locis.., entre los que no está el frag. por nosotros estudiado. Vid. Pal I, nota (3) col. 35 y frag. 125, col. 36.

esclavo a efectos 1 cómputo establecido por la ley Falcidia.

La genuinidad del fragmento ha sido cuestionada por diferentes juristas.

Pampaloni (56) se ocupó de este texto al tratar de las relaciones jurídicas condicionales y la ley Falcidia resumiendo las posiciones doctrinales al respecto de la siguiente manera: a) computar siempre el legado condicional por su valor venal pendente condicione, mantenida por Proculo y por Gayo; b) provisionalmente, y según los casos, o no tener en cuenta el legado, o no tener en cuenta la condición hasta que no se resuelva; esta postura habría sido defendida por los juristas de mayor autoridad de los siglos II y III (Juliano, Celso, Pomponio, Africano, Marcelo, Papiniano, Paulo y Ulpiano).

En lo referente a nuestro texto estimó alterado desde nam quid incerto an eo praestetur hasta sui condicio deficiere y añadió un non antes de cooperit que en su opinión fue suprimido por los compiladores (57).

Partió Pampaloni del supuesto de que el esclavo al que se favorece con un fideicomiso de libertad lo sea del causante, y para determinar el valor del esclavo en el momento de la muerte del causante se tendrán en cuenta los frutos producidos por el esclavo desde este momento hasta el momento en que la condición no se cumpla. Esta afirmación excluiría a su modo de ver la forma interrogativa de la primera parte del fragmento, y a su vez nos proporcionaría indicios de que el legado o fideicomiso se refiere a un esclavo del causante. En cuanto al non

(56) Rapporti giuridici condizionali e legge Falcidia, en BDIR 21 (1909) págs. 181 y ss y 197 y ss.

(57) Cita Pampaloni a Pothier, pand. 35.2, n. 17, n. 8. Nos dice además que para que Paulo pudiese haber tenido dudas acerca de la aplicación del principio establecido por Juliano al caso del siervo, y, sobre todo, haberse referido pero no aprobado las consiguientes reglas de solución de Africano, sería necesario que no existiesen en las Pandectas todos los fragmentos de Paulo que él cita en su trabajo en los cuales la opinión de Juliano es recogida y defendida en muchas de sus aplicaciones.

que propone, nos dice que si la condición se verifica, no se puede considerar aquí como un suplemento d el legado, porque la reducción del legado se hizo precisamente como si la condición se hubiese verificado.

En cuanto al legatum de legatarius illam partem... cree que la palabra legatarius se refiere al legatario puro y simple concurrente con el esclavo manumitido.

En lo que se refiere a la interrogación que él suprime en su reconstrucción, la reputa necesaria para el inciso interpolado numquid-deficere, el cual quizás era un glosema intercalado en el texto que expresaba la duda de un inexperto, y quizás también por ello se decidieron los compiladores a preferir la opinión contraria a la de Paulo.

Concluía sin embargo Fampaloni que la inutilidad de la duda resulta de las cosas dichas anteriormente en el texto. Precisamente, porque es incierto si el activo se deberá computar o no el esclavo, es necesario entre tanto proceder a la reducción provisional del legado puro y simple; porque así como en el cómputo del pasivo condicional el heredero está expuesto a dar provisionalmente de más, en el cómputo del activo condicional el legatario está expuesto a recibir de menos.

Vanalli tampoco estuvo de acuerdo con la genuinidad del mismo, (58) pero a su vez encontró grandes dificultades en la exégesis llevada a cabo por Fampaloni. Que el texto ha sido manipulado, es más, precipitadamente manipulado, le pareció evidente si se tiene en cuenta la incongruencia que en él se contiene. El tratamiento dado por Paulo prescindiendo de la forma interrogativa o afirmativa, sería, en su opinión, como sigue: En el activo hereditario no se calcularía el esclavo manumitido bajo condición como si la condición se hubiese ya realizado y, en consecuencia, se efectuaría la reducción del legado puro y simple (interim Falcidia admittenda est). Después, habiéndose cumplido la condición de la libertad (cum libertas constetere vel deberi constaret) el legatario

(58) Así nos lo hace ver en Falcidia stipulatio BIR, 26 (1913) pag. 60 y así, tb. en Dies vel condicio, BIR 27 (1915) pags. 267-268



debería recuperar del heredero cuanto le fue descontado por la ley Falcidia (tunc legatarius illam partem recipiat quam Falcidia detraxit).- lleva Vasalli este argumento a sus extremos diciéndonos que el legatario debería tener un suplemento cuando efectivamente se ha verificado una disminución en el activo hereditario y que este absurdo lo quiere salvar Pampaloni proponiendo la corrección que ya hemos visto del non antes del cooperit, corrección que no admite Vasalli, pues la forma - de lectura actual, segura y correcta, se tornaría en oscura y extraña.

Para Vasalli la trama originaria del texto se descubre precisamente en la proposición cum libertas competere vel deberi coeperit. Si - hay alguien que, cumpliéndose la condición impuesta a la libertad, deba recibir un suplemento, éste es el heredero, y no puede ser nadie más que el heredero (obsérvese que en la anterior interpretación era el legatario). Si Paulo en realidad mencionaba al heredero en lugar - de al legatario, no hacía otra cosa más que proponer una solución perfectamente consecuente a aquella dada por él y por los otros juriscónsultos a otros casos similares. Si se prescinde de las relaciones condicionales en la atribución de la Falcidia, y si la relación se resuelve en un pasivo del as hereditario, el heredero tendrá un reembolso - sobre los legados pagados, para el cual se constituye la caución quanto amplius.

Con esta interpretación se entiende donde está la alteración de los compiladores, y también se entiende, siguiendo sus planteamientos, la forma interrogativa, la cual está dirigida precisamente a preparar una solución opuesta a la que se leía en el texto de Paulo.

La conclusión a la que llega es que en la compilación justiniana, - el esclavo manumitido bajo condición no se computa dentro del activo - hereditario, y la Falcidia se detrae en ese momento; en el sistema justinianeo, la interrogación nunquid... interim Falcidia admittenda est recibe una respuesta afirmativa. La interrogación nunquid fue introducida por los compiladores en lugar de la negativa non: interim Falcidia admittenda non est, que diría el texto original de Paulo.

Con estas precisiones procedió Vasalli a efectuar la reconstrucción del texto, que quedaría así: Si incertus sit, an libertas praestari - debeat, veluti quod sub condicione vel post tempus data sit, in-  
terim Falcidia admittenda non est, deinde cum libertas competere -  
vel deberi coenerit, tunc heres illam partem recipiet quam Falcidia  
detrahit (59).

Hay pues acuerdo entre Pampaloni y Vasalli en que el texto está alterado, pero no lo hay al señalar que partes del mismo han sido objeto de esa alteración.

Pero no son estos autores los únicos que apreciaron modificaciones en nuestro fragmento. Lenel señaló también como posible glosa el heres de consecutus fuerit heres. (60)

La manipulación, pues, parece evidente; y manipulación llevada a cabo por los compiladores justinianos que adaptaron así a su sistema lo que concebían de otra forma los juristas clásicos.

A continuación aparece D.40.5.25, texto en el que Paulo recoge una opinión de Aburnio Valente. Lo relativo a este texto ya fue por nosotros estudiado cuando analizamos los fragmentos correspondientes a la libertad fideicomisaria en la monografía de Valente y a lo dicho allí nos remitimos (61).

A D.40.5.25 le sigue un largo fragmento D.40.5.31, en el que se -  
 tratan asuntos diversos.

El pr., dice: Alieno servo dari potest per fideicommissum libertas -  
si tamen eius sit, cum quo testamenti factus est.

Se reconoce aquí la validez de la libertad fideicomisaria concedida a un esclavo ajeno, pero perteneciente a quien pueda recibir algo del

(59) Suprime nuncquid-deficere; ante non a admittenda est y sustituye legatarius por heres.

(60) Pal., I, col., 1.101, nota (2)

(61) Vid. pag. 348 y ss.

causante. Puede darse pues la libertad fideicomisaria a un esclavo que no pertenezca al fideicomitente siempre que pertenezca a una persona - que pueda recibir por testamento del causante. El principio establecido creemos que tiende a ampliar el campo de las manumisiones fideicomisarias. No solo se puede manumitir a un esclavo propio del causante si no también al esclavo ajeno, siempre que el dueño pueda recibir algo - del causante.

Ahora bien, nos surge una duda al respecto. ¿Qué alcance tuvo el - cum quo testamenti factio est? ¿Quiere decir Paulo que el esclavo debe pertenecer a una persona que ha recibido algo del causante en el mismo testamento en el que a otra se le encomienda la manumisión de ese esclavo, o simplemente era suficiente con que tuviese esa genérica capacidad para recibir algo del causante aunque en el testamento en concreto no hubiera recibido nada?

Evidentemente, resulta extraño encomendar la libertad de un esclavo perteneciente a una persona muy alejada del círculo de relaciones del causante. De algún modo tenía que existir cierta relación entre el causante no solo con el esclavo, sino también con el dueño.

Pensemos también que este requisito de la testamenti factio pudo - exigirse para evitar posibles fraudes (caso de persona que no puede recibir por fideicomiso, caelebs, orbis, y que el causante quiere beneficiar y lo hace encomendando a su heredero o a un legatario que manumita a un esclavo perteneciente a este incapaz, comprandoselo a un precio desorbitado, con lo cual resultaría favorecido por el causante, - burlando la prohibición existente.

Creemos que estas consideraciones pesaron. Posiblemente, hechos como el antes apuntado, se producirían, para introducir este requisito de la testamenti factio entre causante y dueño del esclavo. Ahora bien, - dudamos que en concreto el dueño del esclavo a manumitir tuviese que - recibir algo en el testamento del causante. Y esto por varios motivos entre los que destacamos en primer lugar la economía de medios: si el causante quiere manumitir a un esclavo perteneciente a una persona que va a recibir algo en su testamento, lo lógico sería, salvo que preten-

diese una determinada atribución del patronato, que se lo encomendase directamente a ella. En segundo lugar, el favor libertatis: las posibilidades de libertad resultan más amplias si se puede manumitir al esclavo que pertenece a una persona que poseyendo la testamenti factio - con el causante, no reciba nada por el testamento de éste.

Por ello nos inclinamos por la segunda de las posibilidades señaladas anteriormente. Con ella, por un lado, se evitan los posibles fraudes cuyo mecanismo hemos expuesto, y por otro no se atenta contra el favor libertatis (62).

Creemos que el texto es genuino y que no ha sido objeto de manipulación.

D. 40.5.31, 1 dice: Cum intestato mortuus fidei filii commissasset. ut servus manumitteret. et postumus ei natus fuisset. divi fratres rescripserunt libertatem quia dividi non potest. ab utroque praestandam.

Se contempla en el texto un fideicomiso de libertad que grava a herederos abintestato. Se encomienda la libertad fideicomisaria al heredero abintestato. Si posteriormente nace otro heredero póstumo, dispusieron los emperadores hermanos que ambos herederos debían cumplir la manumisión, ya que la libertad no es divisible. Por lo tanto la aparición de un heredero póstumo no invalida la libertad fideicomisaria previamente acordada.

(62) Gayo II, 264, dice: Nec interest. utrum de suo proprio servo testator rogaret an de eo. qui ipsius heredes aut legatarii. vel etiam extranei sit. Es patente la posibilidad de que el esclavo perteneciera a un extraño. Pero Gayo no nos dice que éste tenga - que tener la testa con el causante. ¿Sería un requisito que se introdujo con posterioridad a Gayo, o que éste, dada la elementalidad de su obra, no recogió? Gayo conocía, y así nos lo dice en II, 236, las prohibiciones para recibir por fideicomiso de los caelibes y los ordines. Ahora bien, es posible, y como posibilidad lo apuntamos, que las causas que dieron lugar a establecer el requisito de la testa entre causante y dueño del esclavo no se hubiesen manifestado en época de Gayo con la frecuencia que en tiempos posteriores y todavía ésta no fuese exigida. Se manifestaría así también la tendencia a controlar cada vez más las posibilidades de fraude en el fideicomiso.

Impallomeni, tratando de los sujetos en el fideicomiso de libertad, afirma que gravado con un fideicomiso de este tipo puede ser cualquiera que se haya aprovechado de una disposición mortis causa con carácter patrimonial, y que en caso de silencio se entiende que la carga de la manumisión recae sobre el heredero o sobre todos los herederos. Este principio parece que se debió a la jurisprudencia, pero sin embargo nos dice que no faltó alguna constitución en la cual la regulación del caso - en cuestión presentaba incertidumbre. Así, continua, Marco Aurelio y Claudio Vero decidieron que el póstumo esté obligado a manumitir con los otros coherederos cuando la libertad fideicomisaria haya sido dada abintestato. Y precisamente es en nuestro texto en donde se recoge esta disposición de los hermanos emperadores. Vuelve a hacer mención Impallomeni a nuestro texto tratando de las constituciones imperiales que afectaron al tema de la manumisión mortis causa, su contenido y su eficacia, afirmando que los rescriptos (que es la forma en que esta constitución aparecía) tenían en estos casos, las más de las veces, un contenido - reconocedor del derecho vigente. Así, del que nos ocupamos en este momento, imponía a cargo del póstumo el gravamen de cumplir la libertad fideicomisaria dispuesta abintestato (63).

Lenel reconstruyó el texto añadiendo libertatem después de rescriptum y antes de quia dividi non potest (64).

Por lo demás, en cuanto a la genuinidad del texto, en nuestra opinión puede considerarse clásico.

En el § 2. (Qui fideicommissaria libertatem debet, etiam eo tempore, quo alienare prohibitus est, manumittere poterit), el fideicomiso de libertad, podrá manumitir incluso en un momento en el que se le prohibía enajenar.

(63) De manumissioni..., nota (66) pag. 172 y nota (81) pag. 246.

(64) Pal., I, col. 1.101, frag. 863. Aquí aparece libertatem entre asteriscos, y estos in digestorum locis ea includi quae in codice - Florentino desiderantur scilicet potiora. A este libertatem también hace referencia Schulz en un trabajo que no hemos podido consultar contenido en Gedächtnisschrift für Paul Seckel, Berlin - 1927 pag. 122, 1.

La tendencia a favorecer la manumisión en particular, y el cumplimiento del fideicomiso en general, también se muestra con claridad en lo que nos dice Paulo.

Hay que poner en relación este texto de Paulo con otro de Marciano en el que se afirma algo similar: Is autem qui rogatus est manumittere etiam eo tempore quo alienare prohibetur potest manumittere (D. 40. 5. 51, 1, Marciano 7 Inst.)

A la vista de estos dos fragmentos Ortega y Carrillo de Albornoz - piensa que podían ser interp-rotados como constitutivos de una norma - según la cual el heredero, aunque no pudiese enajenar a los esclavos por cualquier causa que fuere, sí podría manumitirlos en virtud de un fideicomiso de libertad del que son beneficiarios. Recoge también Ortega la opinión de Impallomeni sobre estos dos textos en el sentido - de que aún en la época de Diocleciano las "liberazioni" tanto directas como indirectas eran probablemente nulas cuando concurriese conscientia y eventus fraudis, pero que en caso contrario eran válidas y su cumplimiento obligatorio y legítimo. ( 65)

El texto nos parece substancialmente clásico.

D. 40. 5. 31, 3 dice: Si patronus contra tabulas bonorum possessionem accepit, quia cum praeterierit libertus, non cogetur vendere servum proprium, quem rogatus erit a libertis suo manumittere.

El patrono recibe la bonorum possessio contra tabulas de los bienes de su libertus que le proterió en su testamento. En el testamento se encargaba la manumisión de un esclavo del patrono y Paulo dice que el patrono no está obligado a vender al fiduciario ese esclavo para - que se proceda a la manumisión ( 66).

( 65) Ortega, op. cit., nota (17) pag. 197; Impallomeni, La manumissio ni..., nota (115) pag. 52.

( 66) Nos parece observar un error en la traducción española de los - profs. D'Ors, Hernández-Tejero, etc. que cambia completamente - el sentido de lo que se dice en el texto. A nuestro modo de ver, después de la palabra propio, debería decir "a quien su libertus

Nos resulta difícil comprender este texto, y no por la negativa a vender al esclavo por parte del patrono. Si éste recibe la honorum possessio contra tabulas de los bienes de su liberto basada en la preterición de que ha sido objeto, se supone que la persona a quien en el testamento se encargaba la manumisión no recibe nada con lo que llevar a cabo la voluntad del causante en el sentido de conceder la libertad a un esclavo de su patrono. En caso de que esta persona hubiese recibido algo con lo que cumplir el deseo del causante, Paulo solo nos adelanta lo que posteriormente desarrolla en § 4. Si in cuius servus es nolit eum vendere, ut manumitteretur, nullae praetoria partes sunt, haciendo coincidir la persona del dueño que no quiere vender con la del patrono que se bon eficia de la Honorum possessio de su liberto.

El § 4. que como hemos señalado guarda relación con el anterior en cuanto que se trata de un esclavo ajeno que es preciso que el fiduciario compre, dice: Si in cuius servus est nolit eum vendere, ut manumitteretur, nullae praetoria partes sunt: idem est ut si plures iusto vendere velit, sin autem certo quidem pretio, quod non prima facie videtur esse iniquum, dominus servum vendere paratus est, is vero, qui rogatus est manumittere, immodicum id esse nititur, praetoria partes erunt interponendae, ut iusto pretio volenti domino dato libertas ab emptore praestetur, quod si et dominus vendere paratus sit et servus velit manumitti, cogendus est heres redimere et manumittere, nisi dominus velit servum manumittere, ut actio sibi pretii in heredem detur: idque faciendum est etiam, si heres latitet: et ita imperator Antoninus rescirpsit.

Se tratan aquí problemas relativos a la falta de entendimiento en cuanto al precio del esclavo ajeno a manumitir. El tema continua en D. 40.5.32, Marciano 15 fideic. que ya ha sido objeto de nuestra atención (67).

(Continuación nota 66) había podido proceder a la manumisión. Con la traducción que se nos ofrece, parece que el fideicomisario es el mismo patrono, y no es así. El fideicomisario es el que tiene que comprar el esclavo al patrono para luego proceder a la manumisión.

(67) Vid. pag. 350 y ss.

Los supuestos que Paulo expone son los siguientes:

- El pretor (sin especificar si este es el pretor fideicomisario (68)) no puede hacer nada si el dueño del esclavo no quiere venderlo para - que lo manumita el encargado de hacerlo; tampoco puede hacer nada si el dueño del esclavo quiere venderlo por un precio más alto de lo justo.
- Si el dueño del esclavo está dispuesto a venderlo por un determinado precio que a primera vista no parece injusto, pero el que recibió el - encargo de manumitir pretende que es exagerado, puede intervenir el pretor para que el comprador de la libertad mediante el pago del justo precio al dueño del esclavo que está dispuesto a vender.
- Si el dueño está dispuesto a vender y el esclavo quiere que le manumitan, caben dos posibilidades:
  - a) Obligar al fiduciario a redimir al esclavo y que le manumita.
  - b) A no ser que el dueño del esclavo esté dispuesto a manumitir con el fin de que se le dé la acción del precio contra el heredero fiduciario.
- Concluye Paulo que así se ha de hacer, aunque se oculte el heredero, - como dispuso en un rescripto el emperador Antonino (Caracala) (69).

El contenido de este texto ha sido muy discutido desde puntos de vista substanciales y formales (70).

(68) Vid. Impallomeni, op. cit., pag. 65, nota (23).

(69) Tiene que ser Caracala, pues si no Paulo, de haberse referido a Antonino Pío hubiese puesto delante del nombre el *Divus* característico de las monedas a emperadores ya fallacidos.

(70) Han prestado su atención a nuestro texto, entre otros, Albertario *Iustum pretium e iusta aestimatio* en BIRN 31 (1921) pag. 3 y ss. (Studi, 191, 406 y ss.); *Contributti alla critica storica del Digesto*, Studi VI, pag. 112; *Oriente ed occidente nel diritto romano del basso impero*, Studi VI, pag. 393. Polazzi, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme* BIRN 31 (1921) pag. 84. - Donatuti, *Integrità del verba al regno della voluntas*, BIRN 34 (1925) nota (1) pag. 205-6. Krüger, *Das verhältnismäßigere Verfahren um die libertas fideicommissa* SZ 48 (1923) 193. Crestano, *La valutazione del prezzo...* cit. pag. 27 y ss. Grosso, *I legati* cit. -



Krüger estimó que debía considerarse como postclásico, sobre todo - la última parte del texto, por la incertidumbre con que concluye. ¿Qué pasaría, se pregunta, si el fiduciario no apareciese o se negase a dar caución de que pagaría el precio?.

En nuestra opinión, y con respecto a la objeción de Krüger, creemos que el texto, más que alterado por manos postclásicas, está mutilado, cercenado por los compiladores. En el fragmento siguiente D.40.5.32, - Meciano ya se refiere en cierto modo a la caución que pediría el dueño del esclavo de que se le pagaría el precio del mismo. Paulo, suponemos que también hablaría de ello o que de algún modo dejaría ver la actuación del pretor obligando al fiduciario a cumplir el encargo que se le había encomendado.

Si el heredero fiduciario latitat el dueño podrá manumitir al esclavo y le será concedida, como dice Krüger, una actio quasi venditi, y - se podría comenzar el proceso en ausencia del fiduciario.

Estas posibilidades de actuación, o algo que las diese a entender, - sería lo cercenado, lo mutilado por los compiladores.

Albertario sostuvo que el texto estaba ampliamente interpolado. -- Apreció la intervención compilatoria desde idem est hasta praestetur. - Los indicios para notar esta manipulación, en su opinión, son muy variados. Fruto de la interpolación sería el paratus est con infinitivo; la construcción quidem-vero; non prima facie iniquum nititur. Pero aparte de estas indicaciones formales, nos dice que el texto no resiste la - comparación con Gayo II, 265: Itaque et aliquis servus redimi et manumitti debet quod si dominus eum non ven-dat, sane extinguatur fideicommissa libertas, quia hoc casu pretii computatio nulla intervenit.

---

(Continuación nota 70) nota (4) pag. 247 y pag. 249. Impallomeni, Le manomissioni... cit. pag. 102 nota (156); 103; 171 nota (58), - 227 y 245 nota (80).

Donatuti también consideró alterado el texto donde idem est hasta - praestetur, y en términos parecidos se manifestó Solazzi.

Nosotros, por el contrario, estamos más de acuerdo con la interpretación que del mismo ofreció Orestano. No descartamos la existencia de algunos indicios formales que pueden ser, como dice Orestano, atribuidos a la obra de abreviación de los compiladores. Pero en lo substancial, el texto es clásico.

Estamos con Orestano cuando dice que para la frase idem est si pluris iusto vendere velit no nos ilumina la confrontación con Gayo II, - 265. Y no nos ilumina porque se trata de dos hipótesis diferentes. Es evidente que Gayo examina la cuestión desde el lado de la existencia o no del fideicomiso. Paulo, por el contrario, examina otro caso diferentes: si el pretor fideicomisario puede o no constreñir al dominus del esclavo a venderlo. Y afirma que no; y en base al mismo principio niega también la posibilidad de una intervención del pretor en el caso de que el dominus pida pluris iusto. Y esta segunda afirmación, dice Orestano, no contiene nada que contraste con los más rigurosos principios clásicos. Y la solución no podía ser diferente en el derecho clásico - que en el derecho justinianeo puesto que la constrección ejercitada - por el magistrado sobre el dominus para hacerle disminuir el precio pagado hubiese sido tan arbitraria y contraria a derecho como la que hubiese ejercitado para constreñir al dominus a vender al esclavo.

La conclusión de Orestano sobre esta parte del texto es que solo - por el uso de la palabra iustus se ha podido dudar de la classicidad - de la frase, y no por consideraciones de orden material.

En cuanto a la parte del texto que comienza con in autem, se nos presenta una situación contraria a la anterior. Aquí el dominus está dispuesto a vender a un precio que no siéndolo, al rogatus le parece injusto. En este caso el pretor sí puede legítimamente constreñir al rogatus a pagar el justo precio y a dar la libertad al esclavo.

De esta parte del texto considera Orestano que puede ser suprimida prima facie (71) y que también puede sacrificarse sin daño alguno la

palabra iusto, pero que sin embargo la substancia del texto es genuina y los elementos que le componen son clásicos. Nosotros nos mostramos de acuerdo con este planteamiento.

El texto en cuestión le recuerda a Orestano una restitutio a la - cual es sometido el esclavo. No se trataría aquí de la restitutio que debía ofrecer el rogatus cuando no podía entregar una res aliena. Sería una restitutio de otro género: estaría dirigida a determinar hasta que precio estaba el rogatus obligado a rescatar la cosa de propiedad ajena. Y esta hipótesis no se puede presentar más que en el caso en el - cual el rogatus quiera pagar demasiado poco al dominus. Pero esto presume necesariamente que el rogatus no estuviese obligado a realizar - el rescate del esclavo a cualquier precio. Esta es la deducción lógica que extrae Orestano del texto. Pero nos dice que su afirmación sería - sin embargo válida solo para el derecho justinianeo si no lograra probar que una restitutio similar se efectuaba también en el derecho clásico. Y nos muestra un texto de Scaevola, D. 40.5. 41.5 en el que también se habla de la restitutio en una hipótesis estudiada por él con anterioridad que resulta ser absolutamente clásica. El texto dice: - ... et iuridicus quanti singuli essent redimendi restituant. Y este texto es importante porque sin él sería posible sostener que el texto de Paulo era de factura compilatoria. Pero con su presencia que nos recuerda la restitutio, debe desvanecerse toda duda sobre la substancia de - lo que Paulo afirma.

La conclusión a la que llega, que nosotros suscribimos, es que este texto de Paulo nos demuestra que en el período clásico existieron ya - casos en los cuales se procedió a una restitutio dirigida a determinar hasta que precio el rogatus estaba obligado a rescatar el esclavo de

(71 ) Aunque nos dice que la expresión prima facie, cuya interpolación sostiene Beseler, Reitrage, 2. pag. 79 también en D.34.1.10, pr. se encuentra en Gayo IV, 126: Interdum evenit, ut emptio, quas prima facie iusta sit...; 128: Et si rursus ea prima facie iusta videretur...

de propiedad ajena, y que no fuese obligado más allá de un cierto límite a determinar en relación con la entidad de lo dejado y de circunstancias particulares.

A continuación nos encontramos con D. 40.5.33, pr: Si filius defuncti rogatus fuerit servum sui patris manumittere, dicendum est posse eum etiam contra tabulas habere et operas imponere: hoc enim potuisset, - etiam si directam libertatem accepisset, quasi patroni filius.

Nos encontramos aquí con un supuesto de atribución de patronato en un caso de honorum possessio contra tabulas. El patronato, y con él la posibilidad de exigir la prestación de servicios al esclavo manumitido corresponde al hijo del causante que en este caso es titular de la honorum possessio contra tabulas. Paulo nos dice que ésto es así, porque igualmente hubiera podido pedir la prestación de servicios aunque el esclavo hubiese sido manumitido directamente en el testamento, por ser hijo del patrono.

No ha dudado de la genuinidad de este texto.

Para Buckland (72) resulta ininteligible lo comprendido desde dicendum est hasta quasi patroni filius. Un hijo no puede ignorar la manumisión efectuada por su padre, y, sin embargo, dice Buckland, podría entenderse en el texto que un hijo que ha obtenido la honorum possessio contra tabulas puede ignorar totalmente la manumisión. Además, el patroni filius no puede imponer operas.

Loretii-Iorini (73) también consideró alterado desde dicendum est - hasta quasi patroni filius. En su opinión, la norma que se contiene en el texto según la cual el heredero fiduciario, si es hijo del testador, puede imponer operas al esclavo manumitido, no concuerda con Frag. Vat.

(72) The roman law of slavery, pag. 525 nota (12)

(73) La condizione del liberto orfano nella compilazione giustiniana BULZ 34 (1925) pag. 53.

225 del mismo Paulo, en el cual se determinan los derechos singulares comprendidos en el ius patroni del heredero fideicomisario, (74) y - contrasta con D. 38.2.29, indudablemente genuino, (75) que si bien a primera vista puede parecer que concede a los hijos el derecho pleno de patronato sobre el liberto fideicomisario, es necesario tener en cuenta que en el caso presentado por Marciano lo que se pone de relieve es la mens testatoria et rogavit ut cum manumittat ea mente ut - plenum ius patroni habeat, y solo en atención a esta mens testatoria defendendum est cum operas iure imponere, mientras que en D. 40.5.33, pr. se pone el pleno derecho de patronato como norma general.

Desde un punto de vista formal, señala finalmente Loretí-Lorini, - que potuisset y accepisset se refieren a dos sujetos diferentes.

Estamos con Loretí-Lorini en cuanto a la comparación entre D. 40.5.33, pr. y D. 38.2.29. No son supuestos similares los contemplados por Paulo y Marciano. Marciano nos expone el principio general: el manumisor es patrono, pero no puede imponer servicios ni reclamar los que ya le hayan inpuesto (D. 38.2.29, pr.) Pero si la intención del causante al encomendar el fideicomiso de libertad del esclavo legado a su hijo es que este tenga pleno derecho de patronato, entonces sí que podrá el hijo imponer la obligación de prestar servicios (D. 38.2.29, 1) Paulo, por el contrario, parece admitir que indiscriminadamente el hijo puede exigir la prestación de servicios al esclavo manumitido. Marciano, al hacer expresa referencia ea mente, ut plenum ius patroni habeat, nos da a entender que si esa intención del causante no existiese, no le sería posible al hijo imponer la obligación de prestar servicios al esclavo manumitido.

(74) Creemos que la dra. Loretí-Lorini se equivocó al atribuir a Paulo lo F. Vat. 225, que pertenece a Papiniano 11 quæst. y que tiene correspondencia con D. 27.1.24.

(75) Marciano 9 Inst. Qui ex causa fideicommissi manumittitur, est - quidem libertus manuscriptoris et tamen contra tabulas quam ab intestato ad bona eius venire potest quasi patronus: sed operas ei imponere non potest nec imperitas ab eo petere 1. Sed si defunctus filio suo rogavit servum et rogavit, ut cum manumittat ea mente, ut plenum ius patroni habeat, defendendum est posse - cum operas iure imponere.

Estas consideraciones y las de carácter formal nos hacen pensar en la posibilidad de que el texto haya sido retocado por manos justinianeas.

Entre D. 40.5.33, pr. y D. 40.5.33,1, intercaló Leonel D. 40.5.27, - presentándonoslo de la siguiente forma: Si heres quidem latitet, legatarius autem vel fideicommissarius, qui rogatus sit libertatem - proestare processum sit, deficit annatus consultum Rubrianum, et nihil minus impeditur libertas: proponemus enim legatarius nondum dominum servi nactus esse. Itaque hoc casu princeps edicendum est, ut et in hoc casu libertati prospiciatur.

Leonel, para que el texto de Paulo tenga sentido, nos lo muestra - junto con § 11 de D. 40.5.26 (Ulp. 5 fideic.) que le precede y con el que lo acoplaron los compiladores. La intención de Paulo, en nuestra opinión, era allanar las dificultades surgidas de la incomparecencia del heredero aconsejando el recurso al príncipe para que éste provoyera.

El texto es sospechoso de retoques que nosotros también estimamos posibles pero que, a nuestro parecer, no contradicen en nada lo sustancial de la decisión.

En este sentido el mismo Leonel dice que penotencia videtur casu - Pauli, verba Triboniani, (76) y estas palabras de Triboniano han sido señaladas por varios autores.

Así para Gradewitz (77) en obra compilatoria "ut et in hoc casu libertati prospiciatur y en el V.J.R. se señala como tribonianismo el in hoc casu. (78) Para Lapallomoni el texto adquiere en la compilación justiniana un significado opuesto al originario y quizás a este fin responden los retoques que en el mismo se aprecian. (79) Estas y

(76) col. I, nota (1) col. 1102.

(77) Interpretationes..., cit. pag. 233

(78) V.J.R. I, col. 629, 47; III, col. 169, 20

(79) Le romanisation..., cit., nota (171) pag. 107

otras más ( 80) son las alteraciones señaladas, pero que, repetimos, en nuestra opinión no contradicen en nada lo substancial de la decisión en el sentido de allanar las dificultades que pudieran surgir para que la concesión de la libertad al esclavo se llevase a cabo.

Después de este fragmento, en el continuó con D. 40.5.33, 1 y 2, en los que el jurista trató del SC. Rubriano: Dice así: en el § 1. Brit - Rubriano senatus consulto locus. etiamsi sub condicione libertas data sit. si modo per incum servum non fiet. quo minus condicione pareat: - nec refert in dando an in faciendo an in aliquo casu condicio constet immo etiam mittit libertum heres. si condicioni inopinentum fecerit - et si filius defuncti sit. quamvis alio iure habiturus sit libertum, - non nullam enim et hic poenam patitur: nam et si in servitutem petierit aut capitis accusaverit. perdit bonorum possessionem contra tabulas.

Como hemos dicho, en este fragmento Paulo trata de la aplicación del senadoconsulto Rubriano en el caso de libertades fideicomisarias bajo condición. Se aplicara el SC. Rubriano aunque se haya dado la libertad bajo condición, siempre que el incumplimiento de la condición no dependa del mismo esclavo, sin que importe que la condición consista en dar, en hacer o en algo casual.

Vemos también aquí una manifestación del deseo de favorecer la libertad allanando las dificultades que se pudiesen presentar. Si el incumplimiento de la condición no depende del esclavo, la manumisión se llevará a cabo.

El texto sigue con otras consideraciones referidas a la atribución del patronato según la conducta del heredero respecto al cumplimiento de la condición.

Ya vimos que el SC. Rubriano se aplicaba en los casos de contumacia del heredero obligado a manumitir un esclavo hereditario. ( 81) Si el -

(80) Así Colazzi, en Rend. Lomb. 54 (1921) pag. 182 y ss. que no hemos podido consultar propone consul en vez de princeps.

(81) Vid. nota ( 33) pag. 354

gravado no cumplía y sin una justa causa no obedecía la orden del pretor que le convocaba al tribunal, el mismo pretor, comprobados los dos extremos, -un fideicomiso válido, y -la ausencia injustificada del gravado, declaraba que se debía la libertad al esclavo. De esta declaración, por disposición expresa del SC., se seguía que el esclavo se hacía libre como si se hubiese dispuesto en su favor una manumisión directa, por lo que el esclavo se hacía liberto del causante, es decir, -liberto Orcino, y no del heredero que había sido encargado de su manumisión. (82)

En el texto, como venimos diciendo, se decreta la libertad ex sc. - Rubriano en el caso de manumisión fideicomisaria bajo condición, cuando esta no se cumple por algo ajeno al mismo esclavo. Esto que recoge Paulo, ya lo mantuvo Juliano en D.40.5.47,2: Si Stichus libertus per fideicommissum data fuerit sub condicione, si rationes reddisset, et si absente herede paratus sit reliqua solvere, praetoris officio continetur, ut virum bonum eligeret, cuius arbitrorationes computentur, et pecuniam, quae ex computatione colligitur, deponat, atque ita pronuntiet libertatem ex causa fideicommissi deberi, haec autem fieri conveniet, si heres ex iusta causa aboritur: nam si latitabit, satis erit liquere praetori per servum non stare, qua condicione parent, atque ita pronuntiet de libertate oportabit.

En cuanto a la genuinidad del texto se han expresado dudas respecto a la segunda parte, manteniéndose en general la elasticidad de lo expresado por Paulo en la primera parte del mismo (83).

En § 2. dice: Si is cui servus legatus est rogatus fuerat, ut eum manumitteret, et noluit eum accipere, compellendus est aut actiones suas ei praestare cui servus vellet, no intercedat libertas.

(82) Vid. Voel Miritto creditario..., cit. II, 2 págs. 412 y 413; Impalloni, la manumissioni..., cit. págs. 78 y ss.

(83) Vid. en este sentido Loret-Lorini, la condizione del liberto - Orcino..., cit. págs. 53 a 55.



Trata el párrafo de un legatario de un esclavo gravado con un fideicomiso de libertad. Puede ser obligado o a manumitir o a ceder sus acciones a quien quiera el esclavo con el fin de que no se frustre la manumisión.

Lenel nos advirtió que el legado del que se habla en el texto es un legatum per damnationem, aunque este extremo se deduce claramente de lo dicho en el texto. También nos dice (84) que Paulo escribiría et nolit eum mancipio accipere y que se debía añadir después de compellendus est aut mancipio accipere et manumittere, para seguir aut actiones, etc.

Estamos de acuerdo con estas precisiones de Lenel. El legatario de un esclavo gravado con la manumisión, o acepta el esclavo y lo manumite el mismo, o cede sus acciones como legatario para que el que quiera manumitir pueda hacerlo (85).

Beseler y Krüger han mantenido la interpolación del texto, pero no nos convencen sus argumentos. (86) Para nosotros, lo contenido en el texto es substancialmente clásico.

A continuación situó Lenel D. 40.5.29: Si quis, posteaquam in ea causa esse coeperit, ut ex fideicommissis manumitti deberet, alienatus sit, is quidem, cuius interim servus erit, manumittere cogetur sed hic non distinguitur, iusta an non iusta causa abici omnimodo cum libertas ei servatur.

Se recoge en el texto la obligación de manumitir por parte de quien recibió el esclavo cuando ya estaba en condiciones de ser manumitido. Pero en este caso no se distingue si el que tiene la obligación de manumitir está ausente por causa justificada o no, pues en todo caso conserva el patronato sobre el liberto.

(84) Pal., I, notas (3) y (4), col. 1102

(85) ¿Quién sería el encargado de manumitir? Parece ser que si renuncia el legatario la obligación de manumitir se transmitiría al heredero. Vid. en este sentido, Ortega y Garrillo de Albornoz, Observaciones sobre el fideicomiso de libertad, loc. cit., pag. 195

(86) Beiträge..., 3, pag. 177 Das Versäumnisverfahren, cit. SZ 48 (1928), pag. 128

Distinguiamos aquí dos partes: -La primera referida a que si al esclavo que se lo debe la libertad en virtud de un fideicomiso es enajenado, la obligación de manumitir se transmite a quien cuius interia servus erit es decir, al comprador (otro problema será el de las acciones que pueda ejercitar este comprador contra quien le transmitió el esclavo).

Esta, apuntada por Paulo fue una de las soluciones clásicas al problema planteado por la enajenación del esclavo al que se debe la libertad. Otra es la señalada por Modestino 3 Pand. D. 40.5.15, según la cual el que tiene que manumitir a un esclavo en virtud de un fideicomiso no puede venderlo, y si lo hace deberá rescatarlo para proceder a su manumisión. (87).

-En la segunda parte nos dice Paulo, que en este caso no se distingue si el que tiene que manumitir está ausente con causa justificada o no, - pues conserva en todo caso el derecho de patronato sobre el liberto. Ya Lenel (88) nos remite a D. 40.5.51,4 que trata del SC. Daemiano a cuyo tenor si el que debe un fideicomiso de libertad se halla en una ausencia que se declara justificada, compete la libertad al esclavo lo mismo que si hubiera sido debidamente manumitido a causa de fideicomiso.

Pero Impallomeni, (89) en nuestra opinión acertadamente, descarta esta relación del texto con el SC. Daemiano y lo pone en conexión con el SC. Iunciano, basando en que la no distinción entre ausencia justificada y ausencia injustificada no puede reforirse más que al caso de que el esclavo no sea un esclavo hereditario, que es al que se refiere el SC. Iunciano (90).

Beseler (91) señaló como interpolado el quidem y todo el periodo final sed... ei servatur. Nosotros creemos que el texto, por lo menos en su primera parte, es clásico.

(87) Vid. Ortega y Carrillo de Albornoz, op. cit. págs. 199-200.

(88) Lenel, l. nota (5), col. 1102

(89) Le manumissioni..., pag. 9) nota (145) y págs. 100 y 101

(90) Vid. D. 40.5.51,8 y ss.

(91) El ius - Reclarare - Ius, en SZ 51 (1931) pag. 77.

A continuación tenemos el título D. 42.10.17: Cum quidem qua manu servus - sibi locutus responderet cum manumittere rogatus esset, actus con-  
stituit ab omibus cum manumittendum.

Para la interpretación de este fragmento tenemos que tener en cuenta su ubicación dentro del Digesto. El título 10 de D. 42 trata de legis - Cornelia de Falsa et de SC. Liboniana.

En el texto se dice que cuando uno hubiera conseguido escribiéndolo en el testamento de propia mano el legado de un esclavo a su favor con el ruego de que le manumitiera, decidió el senado que todos los herederos debían manumitir a aquél esclavo.

En base a lo que Paulo dice en el texto y a su ubicación dentro del Digesto cabría preguntarse si no se trataría de una disposición testamentaria falsificada siendo el falsificador uno de los que aparecen - mencionados en el testamento que quiere beneficiarse del derecho de patronato. Pero contemplada la acción como una falsificación la pena sería demasiado suave. Nos parece por ello más acertado relacionar el - texto con la prohibición del SC. Liboniano de escribir de propia mano en testamento ajeno disposiciones que favorezcan al amanuense. Aquí debió haber penas variables. Los párrafos 7 y 8 del fragmento 1º de este título indican ya el camino seguido. Con acciones que se asemejan a las falsificaciones y a veces serían equiparadas, pero no es lo mismo. Probablemente aquí la pena impuesta es la nulidad del legado dejando a - salvo la libertad fideicomisaria, pero haciendo patronos a los herederos y no al legatario escriba.

Con esta posible explicación quedan patentes también dos de las - preocupaciones legislativas y jurisprudenciales en materia de manumisiones fideicomisarias: por un lado, que la manumisión se lleve a efecto salvando los obstáculos que se opongan a ello; por otro, la correcta - atribución del patronato.

Creemos que el texto es genuino y que ha llegado a nosotros sin ningún retoque de importancia.

La reconstrucción leneliana de este libro III de la monografía de Paulo dedicado a las libertades fideicomisarias se cierra con una referencia que a este jurista y a este libro se hace en una constitución de Justiniano dirigida a Julián, prefecto del pretorio, datada en las Kalendaras de abril del año 530 (bajo el consulado de Lampadio y Oreste, recogida en C. 7.7.1, l. 1. El título 7º de C. 7, trata del esclavo común manumitido, y la parte de la constitución seleccionada por Lenel es la siguiente: ... constitutio Severi et Antonini principum recepta est, ex qua generaliter necessitas imponebatur socio partem suam socio vendere, quatenus libertas servo imponatur, licet nihil lucri ex substantia socii morientis alii socio accedat, pretio videlicet arbitrio praetoris constituendo, secundum ea, quae et Ulpianus libro sexto fideicommissorum et Paulus libro tertio refert, ubi et hoc relatum est, quod Sextus Caccilius... definitivum socium per praetorem compelli suam partem vendere, quatenus liber servus efficiatur.

Hemos visto que Paulo, en los fragmentos que hemos estudiado, también nos muestra las preocupaciones que son constantes en los juristas que estamos analizando. Es decir, trata por todos los medios posibles, en los casos que se le plantean, de lograr que se cumpla la voluntad del causante y por tanto que la manumisión que encasillada se lleve a efecto. También le preocupa la correcta atribución del patronato sobre todo en los casos de ausencia del que debe manumitir, o del heredero y cuando el esclavo beneficiado con un fideicomiso de libertad ha sido enajenado por el heredero o por el encargado de llevar a cabo la manumisión. También nos habló Paulo de medidas para mejor conseguir estos objetivos, como el SC. Rubriano, el Iuncliano, etc., y recogió algunas constituciones imperiales encaminadas al mismo fin.

#### f) Ulpiano.

Lenel comenzó la reconstrucción del libro V de la monografía de Ulpiano (de fideicommissariis libertatibus) con un breve fragmento, D.40 5.24, en el que intercaló otro texto del mismo jurista.

En la Falingenesia aparece de la siguiente forma: D. 40.5.24, pr.; D. eod. 1-6; D. eod. 7-10; D. eod 11 y D. 29.4.29 (intercalado); D. 40.5.24 12-20; y D. eod. 21

En D. 40.5.24, pr. Generaliter dicemus eos posse fideicomissariam libertatem adscribere, qui fideicommissum pecuniarium possunt relinquer. Ulpiano nos dice quiénes pueden conceder la libertad fideicomisaria. Su afirmación es de carácter general. Pueden conceder la libertad fideicomisaria los que pueden dejar un fideicomiso de carácter pecuniario. - El causante que puede encomendar un fideicomiso pecuniario en favor de una persona, puede encomendar un fideicomiso de libertad. ( 92)

En esta afirmación de Ulpiano debemos de tener en cuenta que ya en su época para poder ordenar un fideicomiso pecuniario era necesario estar en posesión de la testamenti factio activa como ya vimos al tratar en otra parte las cuestiones de capacidad. Por ello nos parece una afirmación coherente y en ningún momento sospechosa de alteración.

En D. 40.5. 24, 1-6, se nos ofrecen algunos casos especiales por la relación esclavo dueño (esclavos del príncipe o de un municipio, esclavos del enemigo, esclavos presuntos, esclavos del paciturus, esclavos por razón de una pena, esclavos hijos de esclavos condicionales).

En el § 1: Et principis servo vel municipii et cuius alterius fideicommissa libertas adscripta valet, Ulpiano afirma la validez de la libertad fideicomisaria concedida a un esclavo del príncipe, de un municipio o de cualquier otra persona. Creemos ver aquí sentado el principio de que se puede conceder la libertad a un esclavo que no pertenezca a la persona a la que se encomienda su manumisión, aunque este esclavo sea propiedad del príncipe o del municipio.

( 92) Vid. Voci, Diritto creditario..., II, 2, pag. 410. Después de afirmar la no formalidad de la declaración en la que se contiene el ruego que dispone la manumisión fideicomisaria, nos dice que puede encomendar la manumisión fideicomisaria cualquiera que pueda encomendar un fideicomiso y, consecuentemente, gravado puede ser aquel al cual se puede imponer un fideicomiso.

Voci o Impallomeni ( 93 ) sostienen que el esclavo perteneciente al municipio se puede beneficiar de un fideicomiso de libertad, pero en cambio no puede ser nombrado heredero directamente.

El texto nos parece substancialmente eficaz.

§ 2: Hostium servum, si fideicommissaria libertas fuerit adscripta, - potest tractari, an non sit inefficax, et fortasse quis dixerit indignum esse civem romanorum fieri hostium servum: sed si in eam rem relinquatur, in qua noster esse incipit, quid prohibet dicere libertatem - valere?

En este caso se trata de la libertad fideicomisaria concedida a un servus hostium, y se plantea la cuestión de si será eficaz o no. En el texto se dice que quizás alguno alegue que es cosa indigna que un servus hostium se haga ciudadano romano, pero en el caso de que se de la libertad para el momento en el que el esclavo se haga nuestro, ¿qué sería lo que impediría declarar válida la manumisión?

Parece ser, pues, que el servus hostium no puede ser beneficiario de un fideicomiso de libertad a no ser que esta libertad esté condicionada a la adquisición de ese esclavo por parte del disponente ( 94 ).

La genuinidad del texto ha suscitado dudas. Pescher ( 95 ) solo consideró eficaz la primera parte del mismo, hasta inefficax y por lo tanto omitió donde fortasse hasta el final, por lo que, en su opinión, Ulpiano plantearía el problema de la validez o no de la libertad fideicomisaria concedida al esclavo del censo, pero todo lo que en el texto aparece después del planteamiento no valdría del jurista que nos ocupa. También en el Vocabularium I. R. ( 96 ) se duda de la genuinidad de algunas palabras que aparecen en esta parte señalada como espuria por Pescher, atribuyéndolo a la intervención trilingüe.

( 93 ) Ulp. loc. cit. libellum hereditario..., I, pag. 401 y en, en donde trata de la persona del heredero y de las diferentes clases de herederos. Impallomeni, de apponitioni..., notas ( 55 ) y ( 57 ) págs. 170 y 171.

( 94 ) Impallomeni, loc. cit. nota anterior, piensa que quizás pueda ser equiparable al caso del servus hostium, el del esclavo del peregrino desprovisto de testamenti factio.

Evidentemente los indicios de manipulación son claros. Aparece el fortassis tan caro a los compiladores justinianos además de las irregularidades señaladas por el V.I.R.

En nuestra opinión creemos que sería posible una alteración del texto originario. Ulpiano plantearía el problema tal como se presenta en la primera parte del texto. La segunda parte, dirigida a la efectividad de la libertad salvando también el obstáculo de la condición de - hostil mediante la adquisición del esclavo por un ciudadano romano - (disponente u otro), podría ser debida a intervenciones posteriores - que indicarían como dijo Beseler en tono ironizante, una jurisprudencia de los continentes alejada del lógico discurrir jurídico.

Parece por el contrario substancialmente clásico el párrafo siguiente, donde se trata de la libertad fideicomisaria de un presunto esclavo:

§ 3: Si homini libero fuerit libertas per fideicommissum adscripta - et is in servitute redactus proponatur, petere potest libertatem, si modo mortis tempore vel conditionis existentia inveniat servus.

Ya dice Impallomeni ( 97) que posible destinatario del fideicomiso de libertad es, en principio, cualquier persona ya nacida esclava y - también libre al tiempo en el que se efectúa la disposición de la libertad. El texto es claro. Si la libertad se hubiese concedido a un hombre libre, pero éste cayese en esclavitud, podría reclamar su libertad siempre y cuando en el momento de la muerte del disponente o también - en el momento en el que se cumpliera la condición a la que la manumisión estuviese sometida el interesado se encontrara en situación de esclavitud.

(95) Beiträge..., 3, pag. 23

(96) V.I.R., 3, col. 433, 7, y col. 476, 31

(97) Le manomissioni..., cit. pag. 170 y nota (54) en donde se cita - nuestro texto.

El § 4 dice: Servo eius, qui nondum in rebus humana est, libertas recte per fideicommissum relinquitur.

Y en la relación que va haciendo Ulpiano de los esclavos que pueden ser beneficiados con un fideicomiso de libertad le llegó el turno en este párrafo al esclavo del dueño que todavía no ha nacido, es decir, al esclavo del nasciturus. También será válido el fideicomiso de libertad a favor del esclavo del nasciturus. De esta forma tan escueta se expresa Ulpiano en el texto, y la claridad del mismo creemos que no ofrece dudas, como tampoco substancialmente la del párrafo que va a continuación:

§ 5: Si servus in metallum fuerit damnatus, libertatem sperare non poterit, quid ergo, si fideicommissaria libertas ei relicta sit et non ne metalli indulgentia principis sit liberatus? et cum rescriptum ab imperatore nostrum hunc in dominio prioris domini non restituit cuius sit, non adicitur, certe cum fisci officietur, sperare potest fideicommissaria libertatem.

En el supuesto contemplado en este párrafo la especialidad consiste en tratarlo de un esclavo condenado a trabajar en las minas (damnatus ad metallum). Se afirma en primer lugar, que en este caso el esclavo no puede esperar ya la libertad. Pero se plantea la siguiente cuestión: ¿qué ocurre si a este esclavo condenado a las minas se le deja la libertad fideicomisaria y ha sido indultado de la pena que recaía sobre él por indulgencia del príncipe? Alude aquí Ulpiano a un rescripto de Antonino Caracalla (ab imperatore nostro) en virtud del cual el esclavo condenado a trabajar en las minas y después indultado por el emperador, no vuelve a la propiedad de su antiguo dueño; en el rescripto no se dice a quién pertenecerá dicho esclavo, pero nos dice Ulpiano que como se hace propiedad del fisco, puede esperar la libertad fideicomisaria.

En resumen:

- El servus poenae mientras mantiene su condición no puede beneficiarse de un fideicomiso de libertad.



- Si es indultado por el príncipe, no pasa a propiedad de su antiguo dueño, sino del fisco.
- Siendo propiedad del fisco puede esperar la libertad que se le ha concedido por fideicomiso (lo mismo que si fuese un esclavo perteneciente al municipio o al príncipe).

Impallomeni sostiene que, aunque no afirmado expresamente, del texto se puede extraer que el damanatus ad metalla tiene la posibilidad de beneficiarse del fideicomiso de libertad si es indultado ante aditam hereditatem o ante impletam condicionem. ( 98) Con ello no se contravendría el principio de que la persona beneficiada con el fideicomiso de libertad sea esclava y capaz de adquirir la libertad (lo cual no ocurriría - si fuese damanatus ad metalla) en el momento que la disposición fideicomisaria tuviese eficacia.

En el § 6 Ex damna in metallum concepto et nato fideicommissaria - libertas dari poterit: quid mirum, cum etiam venundari eum posse quasi servum divus Iulius rescripsit?

Ulpiano afirma que se puede beneficiar con un fideicomiso de libertad al hijo concebido y nacido de una mujer condenada a las minas, preguntándose qué hay de extraño en ello si dispuso Antonino Pio en un rescripto que aquél hijo podría venderse como si fuera un esclavo.

Beseler ( 99) no aceptó la claridad del texto tal como nos ha llegado. Admitió la genuinidad de la primera parte, pero en cuanto a la segunda mostró sus dudas. Consideró alterado el [quid mirum, cum] y reconstruyó el resto así: ... libertas dari poterit: (nam) etiam venundari eum posse quasi servum divus Iulius rescripsit (>)[?], suprimiendo la forma interrogativa en la que se nos muestra el texto.

Albertario (100) consideró también alterado el texto al tratar del status del conceptus, ya sea este vulgo conceptus o ex iustis nuptiis conceptus (101).

( 98) Le manomissioni..., cit. nota (56) pag. 171

( 99) Beiträge..., 3, pag. 63 y 4, 198

Lo que a nuestro modo de ver es evidente, independientemente de la alteración o no del texto, es la tendencia a favorecer la libertad fideicomisaria obviando las posibles dificultades, en este caso la condición de la madre del esclavo a manumitir, demonstra in metallum.

Para nosotros es clásica la afirmación contenida en el texto en el sentido de que puede concederse la libertad fideicomisaria al hijo - concebido y nacido de una mujer condenada opus in metallum.

D. 40.5.24,7, comienzo del segundo fragmento que nos ofreció Noel en el libro 7 de la monografía ulpiana, dice así: Si petitur a testatore fuerit, ne postea filium serviet, placuit fideicommissariam libertatem datum videri: nam qui hoc petit, ne postea serviat, videtur petere, ut libertas ei praestetur.

Aquí Ulpiano interpretó en sentido favorable una declaración no formal en la que la finalidad es encomendar al heredero la libertad fideicomisaria del esclavo. Según el texto, si el testador hubiera encargado que tal o cual no fuera ya más esclavo, se admitió que se entendiera de la libertad fideicomisaria, pues el que encarga que no sea más esclavo parece encargar que se de la libertad a aquél esclavo.

Se puede considerar ésta una disposición implícita de las que fueron admitidas como válidas, de las cuales tenemos otras muestras en la compilación justiniana. (102) La labor de Ulpiano consistió aquí en interpretar esta disposición ambigua del testador.

La claridad del texto no presenta, en nuestra opinión, duda alguna.

(100) Constitutio pro iam nato habetur, Studi I, pag. 32

(101) Un comentario de Antonino Lio que Atilio interpreto reconstruyó diría que el quibus conceptus requería la condición de la madre, mientras en el ex iustis natis conceptus cumpliría la del padre.

(102) Así en D. 40.5.2, Pareto 15 lib., ne servus alienus servitutem - possidetur, señalado por Noel en Diritto creditario... cit., II, 2 nota 7, pag. 430

El § 2, en el que Ulpiano continuó su labor de interpretación de la voluntad del causante expresada en una disposición ambigua, dice así: - Sed et si ita scripsit: "ne cum alienis", "ne cum vendas" idem erit dicendum, si modo hoc animo fuerit adscriptum, quod voluerit cum testator ad libertatem reduci, ceterum si alia mente id scripsit, ut puta quia consilium debet heredi retinere talem servum vel quia coercere voluit servum et cruciare, ne meliores dominum experiatur, vel aliqua mente, non tribuendo libertatis animo, dicendum est cessare libertatis praestationem: et ita Gaius libro vigesimo tertio digestorum scribit, non tantum verba fideicommissi, sed et mens testatoris tribuere solet libertatem fideicommissariam, sed cum ex praesumptione libertas praestata esse videtur, heredis est contrariam voluntatem testatoris probare.

Es decir, habiéndose escrito, "no lo enajenes", "no lo vendas", deberá seguirse lo mismo (que se entiende dada la libertad) siempre que se hubiese escrito con la intención de quererle llevar a la libertad el testador, numerando una serie de casos en los que al ser otra la intención del causante, y apoyándose en G. l. 23 dig. (103), se dice que cesa la obligación de dar la libertad, se entiende, luego Ulpiano en disquisiciones sobre como suele darse la libertad fideicomisaria hablándonos de la voluntad del testador como elemento suficiente para concederla, y que la carga de la prueba de la voluntad contraria del testador cuando se presume que se ha dado la libertad fideicomisaria, corresponde al heredero.

La genuinidad del texto ha sido puesta en duda por varios romanistas.

Albertario (104) señaló como no clásico, siguiendo a Gradenwitz, la referencia al animus en el non tribuendo libertate animus, ofreciéndonos un amplio elenco de referencias al animus consideradas como no clásicas por numerosos críticos.

(103) Lenel comenzó el libro 23 dig. de Gaius con este fragmento bajo la rúbrica de liberali causa, 2. ed. Pal., I, col., 157

(104) In le fonti delle obbligazioni e la genesi del art. 1097 del codice civile, cit., en Studi, III, nota (1), pag. 7) y ss.

Cerrini, (105), tratando de las presunciones en derecho romano, arguyendo también en Gradenuitz, dudó de la claridad de la frase ex - praesumptio libertatis praescripta videtur, por ser, en su opinión, contraria al uso ulpiano y errónea. Ulpiano hubiese escrito data, relicta o praescripta, pero nunca praescripta. También sostuvo que no era probable que las frases ne cui verba, ne cui verba se interpretasen ya en derecho clásico, a falta de prueba en contrario, como preceptos de manumisión. Pero también reconoció que la exposición de Ulpiano parece decir más bien lo contrario, puesto que dice que semejantes frases con tienen un precepto de manumitir solo cuando locumque... ad libertatem pervenit. A la conclusión que llegó contemplando esta frase y otra de Marcelo (106) en lo relativo a las presunciones, que es el tema que le interesa, es que de estos modos de expresarse no se puede deducir que nos encontremos ante una presunción legal. En cambio, tales presunciones en esta materia están plenamente conformes con el espíritu del derecho ju liniano.

Alcega (107) pensó que todo el párrafo 8 tiene una incoherencia gramatical, y en la frase a la que se refirió, non tamquam enim verba - fidelitatis sed et quasi testamentaria tollere solet libertatem fidelitatis, señaló como sospechosas las formas non tantum, sed et - solet, aunque concluyó que, sin embargo, los textos clásicos también - utilizaron motivaciones y decisiones, con lo cual, en nuestra opinión, adoptó una postura intermedia que no resuelve en absoluto las dudas que nos hemos planteado.

Gradenuitz (108) estudió detenidamente este fragmento considerándolo muy oscuro y contrario al lenguaje clásico usual. En las palabras ne cui verba, ne cui verba, hebrein de verba, según él, una liberación al legatario... pervenit, y precisamente por ello con parte final

(105) La presunzione in diritto Romano, cit., tomo 3, pag. 422-23

(106) Marcelo, de dig. l. 2. de 5. l. 1, pr.: videtur in testamento scribitur - ita (liberum esse legatarius non videtur) et ideo non potest - liberum esse legatarius, sed videtur in testamento scribitur - ita (liberum esse legatarius) et ideo non potest - liberum esse legatarius...

(107) La presunzione in diritto Romano, cit., en Ed. Cornil II, tomo (1), pag. 321

(108) Interpretationen in den Pandekten, cit., pag. 212 y ss.

es incongruente, pues quien determina tal cosa no puede pensar en una manumisión, que es imposible. Los demás juristas romanos lo expresan siempre de otra manera, y trató de demostrarlo con ejemplos. Así, - D. 40.5.10, pr. hoc. tit., pr.-2, en los que el esclavo será libre en cuanto llegue a ser vendido. Tal como ha sido transmitido D. 40.5.24,8 - en opinión de Gradewitz, es ininteligible. Según 61, en el texto original Ulpiano se planteó la cuestión así: el testador dice no cum aliena, etc. ¿se debe otorgar la libertad si el heredero vende? Apoyándose Ulpiano en Gaius contestaría afirmativamente. Llegados a este punto, los compiladores considerarían erróneo el que tal deseo se convirtiera sin más en una manumisión fideicomisaria y por ello lo atemperaron mediante el añadido referente a la voluntad del testador. Además de esto señaló Gradewitz otros puntos sorprendentes en D. 40.5.24,8 - que son un signo manifiesto de alteración. Indicaremos solamente algunos: así adscriptum, es la expresión usual para la concesión de la libertad fideicomisaria, y raramente pura, un mero sinónimo de ascriptum; contra libertatis praesumptionem es incorrecto y de ninguna manera pudo provenir de Ulpiano; etc.

En otro lugar Gradewitz, (109) a propósito de la voz praesumptio - concluyó que en el mismo sentido que en D. 34.3.28,3 (fragmento que agudizó con anterioridad) encontramos en D. 40.5.24,8 en donde se argumenta sobre la existencia de una libertad fideicomisaria concedida implícitamente, sed cum ex praesumptione... etc., preguntándose cómo se puede afirmar en derecho clásico que una libertad se ha concedido presuntamente. Y la conclusión a la que llegó era la de que esta frase final que subvierte todo el desarrollo argumental precedente es una interpolación para favorecer la libertad, como el párrafo final de D. 34.3.28,3 lo es para favorecer la pietas.

Porotroa venimos sosteniendo que el favor libertatis fue tenido muy en cuenta por los juristas clásicos cuando estudiaron los problemas relativos a la libertad fideicomisaria y, por ello, aún admitiendo que, evidentemente, el texto está alterado, consideremos muy radicales las posiciones de Gradewitz.

(109) Interpolationen in den Pandekten, en III 7-1 (1936) pag. 72

Nos parece más moderado en su juicio Wlassak (110) tratando del protor, al afirmar que no podía dar una respuesta segura pero sí bastante plausible sobre la cuestión de si los últimos juristas clásicos sintieron influjos singulares que les hicieron apreciar la injusticia a que conducía en ocasiones el derecho estricto y encontraron para ello la consabida solución. Y son, en su opinión, un notable testimonio en favor de una respuesta afirmativa las manifestaciones de Ulpiano en D. 40.5. 24, 7-10 apoyándose en Celso y en Marcelo, incluso admitiendo la impureza de muchos pasajes del texto citado.

Estamos, como hemos dicho, más en la línea del pensamiento de Wlassak que en la de Grandevitz.

Lenel también apreció en nuestro texto manipulaciones compilatorias. (111).

Pasamos a analizar el § 9, Si quis tutorem ideo scripserit, quia liberum putavit. certissimum est neque libertatem peti posse neque tutelam libertatis praestationi patrocinari; et ita et Marcellus libro quinto de decimo digestorum et imperator noster cum patre rescripsit.

El supuesto que se expone aquí es que si alguien ha nombrado como tutor a quien juzgaba como libre (siendo esclavo), ese esclavo no puede reclamar la libertad, ni le favorece el nombramiento de tutor para que se le de la libertad; y esto no solo lo dijo Marcelo 15 dig. (112) sino que también lo dispusieron en un rescripto Caracala (imperator noster) y Septimio Severo (cum patre).

Beseler (113) propuso con respecto al texto las siguientes modificaciones: Si quis (servum) (114) tutorem ideo scripserit, quia liberum -

(110) Die Pratorischen Freilassungen, en SZ 26 (1910) pag. 410.

(111) Pal., II, nota (1) col. 918, atribuyó a Triboniano sed cum ex praesumptione... testatoria probare.

(112) El libro 15 dig. de Marcelo aparece en la Palingenesia leneliana con varias rubricas. En concreto, nuestro texto es el que cierra el apartado de fideicommissis. Vid. Pal., I, col. 618

(113) Reiträge..., 4 pag. 122

(114) Propuesto por Mommsen

putavit. certissimum est [neque] libertatem peti (non) posse [neque tu-  
telam libertatis praestationi patrocinari]. La corrección propuesta por  
Mommson es admisible aunque creemos que su ausencia en nada altera el -  
sentido del texto ya que por el contexto se puede deducir claramente -  
que Ulpiano se está refiriendo a un esclavo como a la persona a la que  
se nombró tutor, desconociendo el disponente la condición del mismo.

El resto de las modificaciones cambian completamente el sentido del  
texto, ya que se afirma que el esclavo en esas circunstancias puede pe-  
dir la libertad.

Sin embargo, Impallomeni (115) no apreció estas alteraciones conside-  
rando substancialmente clásico el texto. Lo mismo sucede con Veci. (116)

Nosotros también creemos que el texto es substancialmente clásico y  
que en él se recoge un resumen de la opinión jurisprudencial (Marcelo)  
y legislativa (Constitución de S. Severo y Caracala) sobre el tema.

Más dificultades presenta sin duda el § siguiente, o al menos ha des-  
pertado mayor número de sospechas entre los romanistas. El texto es el  
siguiente: Si quis servo pignus directam libertatem dederit, licet  
videtur iure subtili inutiliter reliquisse, attamen quasi et fideicommi-  
ssaria libertate relicta servus natura potest, ut ex fideicommissis li-  
ber fiat: favor enim libertatis quaedam, ut interpretemur et ad liberta-  
tis petitionem procedere testamenti verba, quasi ex fideicommissis fuerat  
servus liber esse iussus: nec enim ignotum est, quod multa contra iuris  
rigorem pro libertate sint constituta.

Se nos ofrece en este párrafo, con objeto de una libertad dejada di-  
rectamente a un esclavo que había sido dado en garantía, manumisión in-  
válida aplicando con rigor el derecho, pero que el esclavo podrá recla-

(115) Le manomissioni..., cit., pag. 181, 246 (nota (81) y 254 nota (110))  
Sin comentarios con respecto al texto no hacen constar en ningún  
momento la más ligera sospecha sobre la genuinidad del mismo.

(116) Diritto ereditario..., cit., II, 2 pag. 410 nota (21) y 854 nota  
(54).

mar como si se le hubiera dejado un fideicomiso en virtud del favor libertatis, un canto, una loa a esto favor libertatis que, nos dice el texto, induce a que interpretemos las palabras del testamento para facilitar la petición de la libertad como si hubiera dispuesto que el esclavo fuese libre por fideicomiso y, además, no es desconocido que muchas cosas se han admitido en contra del rigor del derecho a fin de favorecer la libertad.

Pero este canto abierto al favor libertatis con esa claridad y con esa firmeza no ha sido pacíficamente aceptado por la doctrina que lo estima como una aportación compilatoria. Haremos una sucinta referencia a algunos romanistas que han señalado el texto como interpolado.

Comenzaremos por Lenel (117) que consideró alterado por la mano compilatoria desde favor enim hasta constituta.

Ferrini (118) creyó que estaba manipulado desde licet videtur...attamen, ... hasta testamenti verba. En su opinión, Ulpiano habría escrito solamente que la manumisión era inutilis según el principio general (119) y que todo lo demás que se recoge en el texto (manumisión fideicomisaria por la directa inútil, etc.) forma parte de las costumbres compilatorias y de las tendencias del derecho nuevo.

Gradenwitz (120) también consideró que el texto había sido objeto de alteraciones por parte de los comisionados justinianos. En su opinión, objeto de estos manejos fue la parte comprendida desde licet hasta el final del mismo.

Wlassak, por su parte, (121) aún admitiendo la impureza de ciertos pasajes (se refiere a D. 40.5.24, 7-10), opinó, como señalamos anterior

(117) Pal., II nota (2), col. 918. Con anterioridad Faber ya señaló este texto como interpolado.

(118) Licet... attamen, cit. en B.I.D.R. 14 (1901) pag. 219-20

(119) Recogido en D.40.9.4, Ulp. 3 dispo. Servus pignori datum manumittitur non potest.

(120) Licet enim legibus soluti sumus attamen legibus vivimus, en SZ 26 (1905) pag. 351 y ss, y 364.



mente, que es posible que los juristas clásicos sintieran influjos que les hicieran apreciar la injusticia a que conducía en ocasiones el derecho estricto y que encontraron por ello las consabidas soluciones.

Beseler (122) le consideró manipulado desde per enim ignotum est, - quod, hasta constituta.

Riccobono (123) vió en nuestro texto a uno de los que se sirvió Justiniano para su labor de corrección del iura civile.

Pringheim (124) también señaló algunas manipulaciones en nuestro texto. Así lo hizo constar indicando como tal lo referente al rigor iuris contra iuris rigorem pro libertate constituere.

Froese (125), H. Krüger (126) y Schulz (127) apreciaron también alteraciones en el mismo.

Albertario (128) acogió la crítica de Beseler e hizo totalmente suyos, en una sorprendente reproducción literal, los argumentos de Ferrini expuestos anteriormente por nosotros. Consideró interpolada la mayor parte del texto, desde licet videtur hasta el final libertate sint constituta, haciendo notar su asombro por determinados pasajes como el licet videtur, iura sumptu, attamen, iuris rigorem, etc.

Pero no todo ibana ser voces contrarias a la genuinidad del texto. - En tiempos recientes Impallomeni (129) ha abogado por la pureza del mismo, propiniéndonos una interpretación en los siguientes términos:

(121) Die pratorischen Freilassungen, cit, en SZ 26 (1905) pag. 410

(122) Beiträge..., 1 pag. 53

(123) Del diritto romano classico al diritto moderno, IV, Diritto Giustiniano e diritto moderno, en Annali Palermo 3/4, pag. 601 nota (2)

(124) Miszellen, en SZ 42 (1921) pag. 648, nota (2) 655, 662 y ss.

(125) Viva vox iuris civilis en SZ 43 (1922) nota (3) pag. 476

(126) Das Versaumnisverfahren um die libertas fideicommissa, en SZ 48 - (1928) pag. 196

(127) Die fraudatorische Freilassung in klassischen und iustinianischen römischen Recht, en SZ 48 (1928) nota (3) pag. 272

- La libertad directa, no unida a la institución del esclavo pignorado, es nula. Sin embargo, la libertad se produce convertida en fideicomisaria. No puede tratarse del nombramiento del heredero necesario; diferentemente, al considerarse iure civili nula la manumisión directa, el esclavo no llegaría a ser heredero y decaería el testamento con todas las disposiciones.

- Otro argumento en pro de la autenticidad del fragmento se obtiene teniendo en cuenta el lugar de donde el mismo procede. En un tratado relativo a los fideicomisos Ulpiano no hubiese considerado un caso de libertad dispuesta directamente si, en efecto, no se hubiese convertido en fideicomisaria.

- Además, Ulpiano reconoce la singularidad de la regla atribuida a intervenciones particulares no mejor precisadas.

Siguió Impallomeni argumentando, pero con lo expuesto es suficiente para darnos cuenta por qué caminos se orientaron sus apreciaciones.

Creemos ya llegado el momento de exponer nuestra opinión que necesariamente tiene que recorrer algunos puntos:

- Indudablemente, y aquí disentimos de Impallomeni aunque en lo fundamental estemos de acuerdo con él, el texto está manipulado. Los comisionados justinianos aprovecharon la ocasión para introducir en él, con claridad meridiana, el papel que al favor libertatis se concedió en el derecho justiniano. Y lo hicieron utilizando sus habituales métodos - por lo que no es extraño que los expertos romanistas dedicados a la crítica de los textos nos expongan innumerables datos que hacen patente esta intervención. Pero ello no quiere decir que en la época clásica el favor libertatis no jugase papel alguno. Creemos que son suficientes ya los datos que venimos aportando hasta ahora en sentido contrario. -

(128) Schlaivitz e favor libertatis, Studi, I, pag. 71-72; tb. en Favori, BIDR 33 (1923) pag. 60-61

(129) Le manumissioni... cit., pag. 163-164.

Además, es el mismo Justiniano el que nos hizo un comentario respecto a la intervención del favor libertatis en la mente de algunos legisladores más antiguos que los bizantinos. Dican las Instituciones justinianas: ... libertate... (cuius favore et antiquos legislatores multa et contra communes regulas statuissse manifestissimum est). (130)

Sabemos de la intención de Justiniano de basar sus innovaciones en el derecho clásico, pero la modestia de esta afirmación que hemos transcrito nos hace pensar que no era un prurito de elasticidad, sino la realidad, lo que hizo al autor de las Instituciones decir que los antiguos legisladores derogaron algunas disposiciones teniendo en cuenta el favor libertatis.

- Debemos recordar también lo expuesto por Wlassak en cuanto a la posibilidad de que los últimos juristas clásicos sintieran influjos que les hicieran apreciar la injusticia a que en ocasiones conducía la aplicación del derecho estricto. A nuestro modo de ver, la tendencia potenciadora del favor libertatis influyó en las decisiones de estos juristas dirigidas a mitigar ese rigor.

- En cuanto a la cuestión singular planteada por el texto, no podemos por menos que reconocer, con Impallomeni, que su ubicación en una monografía dedicada a los fideicomisos debe de tener alguna transcendencia.

Ulpiano ya había dicho en su libro 3 disp. que no se podía manumitir directamente al esclavo dado en prenda. Que se limitase a repetir en la monografía sobre los fideicomisos, como sostuvo Ferrini, y con idénticas palabras y argumentos Albertario, lo que ya había dicho en ese lugar nos parece poco probable; y nos parece poco probable, porque no tiene sentido que en la monografía hiciera referencia a la manumisión directa y no a la fideicomisaria. En nuestra opinión, como ya hizo en otras ocasiones y como también hicieron sus colegas estudiados con anterioridad, contraponería las dos formas de manumisión mortis causa señalando las diferencias y las equivalencias entre ellas, y una de las diferencias -

---

(130) I. 2. 7, 4.

podría ser la reseñada en el texto objeto de nuestra atención. La manumisión testamentaria directa del esclavo pignorado no sería posible; si en cambio, la fideicomisaria, estableciéndose los modos de satisfacer al acreedor pignoraticio, para que la manumisión pudiese llevarse a cabo sin lesionar ningún interés.

En el enlace como queda dicho los fragmentos D. 40. 5. 24, 11, y D. 29. 4. 29. D. 40. 5. 24, 11: Ex testamento, quod ad manumissionem ostendit, non potest esse constitutum, neque directas libertates competere neque fideicommissarias debere, quia non a legitimis quoque hereditibus pater familias relinquerit, satis constat. D. 29. 4. 29: Qui omnia causa testamenti ab intestato possidet hereditatem, servos ad libertatem producere debet ne eis factum noceat eius qui ex testamento adire voluit: sic tamen, ut habet libertos.

En el § 11 nos habla Ulpiano de las consecuencias de la invalidez de un testamento por la aparición de un póstumo: no valen las manumisiones hechas directamente por el testador, ni se deben las fideicomisarias - que el testador hubiese dejado a cargo de los que no sean también sus herederos ab intestato. D. 29. 4. 29., concuerda en realidad con el tema que Ulpiano trató en la última parte de ese § 11. En resumen viene a decir que el heredero ab intestato, (que no quiso serlo testamentario) debe la libertad fideicomisaria.

Los textos podemos considerarlos substancialmente clásicos.

En D. 40. 5. 24, 12-20 se planteó por Ulpiano el problema de la proporción entre el beneficio económico obtenido por el fiduciario y la manumisión que se le encomienda.

En § 12 dice: Si quis alienum vel suum servum vocatus sit manumittere et minus sit in eo quod accepit iudicio testatoris, plus sit in pretio servi, non cogatur vel alienum redimere vel suum manumittere, videndum est. et Marcellus scripsit, cum coheredit legatum, cogendum omnimodo suum manumittere, et sane hoc iure utimur, ut multum inter sit, suum quisque vocatus sit manumittere an alienum: si cum cogatur manumittere alienum redimere accepit, quod si alienum, non alienum cogendus, quam si tanti possit redimere, quantum ex iudicio testatoris consecutus sit.

La cuestión planteada es la siguiente: se encarga a alguien por fideicomiso que manumita un esclavo, recibiendo el fiduciario del causante una cantidad inferior al precio del esclavo. Ulpiano se enfrentó con el problema en dos vertientes: -que el esclavo beneficiado pertenezca al fiduciario; -que se tratase de un esclavo ajeno. Y se preguntó si en este último caso se puede obligar al fiduciario a redimir al esclavo - ajeno, o, en el primer supuesto, manumitir al propio. Audió Ulpiano a la opinión de Marcelo (131) en el sentido de que desde que el legado - fue adquirido por el fiduciario, debe ser éste obligado en todo caso a manumitir al esclavo. Pero se distinguió entre que se haya encargado - manumitir un esclavo propio o ajeno. Si es propio, está obligado a manumitirle aunque sea poco lo que recibió por el legado, pero si es ajeno no debe ser obligado a manumitirle más que cuando pueda hacerlo con lo que consiguió por el testamento (132).

No es la primera vez que nos enfrentamos con este problema. Recordemos aquí que Paulo se ocupó de asuntos similares a este en D. 35.2. 36, ya estudiado por nosotros. Ulpiano no aportó nada nuevo a lo ya dicho por Paulo y podemos decir que repite lo que ya conocemos al respecto.

Creemos que el texto es substancialmente clásico, al igual que los siguientes, 13 - 15.

El § 13 dice: Proinde consequenter Marcellus ait sum quoque qui heres institutus est, si quidem aliquid ad sum deducto sero alieno pervenit, cogendum esse sum manumittere; si vero nihil pervenit, non esse cogendum.

(131) No in dió Ulpiano a que obra pertenecía la opinión de Marcelo en que se apoyaba. Lenel ubicó la misma en el libro 16 Dig. De liberali causis de manumissionibus.

(132) Si esto no alcanza, parece que el fiduciario se quedaría con el importe del legado. Vid. Impallomeni, De manumissionibus... cit. - pag. 125, nota (24)

Siguió Ulpiano tratando el mismo tema, y siguió recabando la opinión de Marcelo. (133) Si se trata de un esclavo propio, dice Marcelo, también aquél que fue instituido heredero, si se lucró en algo después de deducir las deudas hereditarias, debe ser obligado a manumitir, pero - no si en nada se lucró después de efectuada esta deducción.

Se efectúa aquí una distinción entre el heredero y el legatario a quienes se encomienda la manumisión de un esclavo propio. El fideicomiso de libertad encomendado a un legatario con respecto a un esclavo propio es siempre válido por muy escaso que sea el valor del legado. (134) En cambio, el encomendado al heredero, según nos dijeron aquí - Marcelo y Ulpiano, es válido si después de deducir las deudas hereditarias el heredero se lucró en algo.

D. 40.5.24, 14, dice: Plene si forte minus relictum est alicui, verum crevit legatum ex aliqua causa, acquissimum erit tanti cum coram redimere, quantum ad eum pervenit, nec causari debere, quod minus illi relictum sit, cum creverit plus legatum per testamenti occasionem: nam et si ex mora fructus usuraeque fideicommissi accessissent, dicendum est libertatem praestandam.

Con problemas similares a los del texto anterior los que expuso aquí Ulpiano. Se trata ahora de un esclavo ajeno cuya libertad se encomienda al legatario a quien el causante dejó menos de lo que el esclavo valía. Con anterioridad vimos que en este caso el legatario fiduciario no estaba obligado a redimir al esclavo. Pero nos dice Ulpiano que si por cualquier causa el valor del legado aumentó es muy justo que se obligue al legatario a redimir al esclavo por lo que se lucró, sin que valga en este caso la alegación del legatario en el sentido de que recibió menos (del valor del esclavo) puesto que el legado ha aumentado con ocasión del testamento.

(133) Ubicando por Lenel en el mismo lugar que la anterior. Vid. Pal. I col. 619, fr. 187.

(134) Cfr. Impallomeni, Le manomissioni... cit. pag. 175

Como hemos indicado antes el texto nos parece substancialmente clásico, así como también el § 15.

D. 40.5.24, 15, relacionado con el que le precede, Proinde et si - servi pretium decrevit, dicendum est redimere cogendum, expone que estará el legatario obligado a efectuar las operaciones que lleven a la libertad del esclavo cuando haya disminuido el precio de éste. Es decir, al legatario se le encomendó la libertad de un esclavo ajeno cuyo precio era superior a lo que recibió en virtud del legado. Como ya sabemos, en este caso no estaba obligado a realizar ninguna operación lu-crándose del contenido del legado. Pero si el precio del esclavo disminuye (y, debemos suponer, alcanza con lo que recibió para su redención) debe el legatario fiduciario realizar todas las operaciones que lleven al esclavo a la libertad.

Ahora bien ¿qué ocurriría en los casos en que el legado disminuyera de valor? ¿continuará estando obligado a manumitir el legatario fiduciario? Este es el problema que plantea Ulpiano en el siguiente § 16: Quod si legatum sit imminutum, videndum, an cogatur servum manumittere qui supervit legatum uberius consecutum, et putes, si legatum - refundere sit paratus, non esse cogendum, idcirco, quia alia contem-platione adgnovit legatum, quod ex inopinato diminutum est: parato i-citur ei a legato recedere concedendum erit, nisi forte residuum lega-tum ad pretium sufficit.

En su opinión, si el legatario está dispuesto a devolver lo legado no debe ser obligado a manumitir por la razón de que aceptó el legado en consideración a un valor que ha sufrido una disminución inesperada.

Por ello, concluye Ulpiano, si el legatario está dispuesto a dejar el legado se le debe conceder que lo haga, a no ser que lo que queda - del legado sea suficiente para pagar el precio (del esclavo, se sobre-entiende).

Beseler (135) consideró alterado el apartado final, desde pantus igitur hasta sufficit.

Buckland (136) también pensó que la última parte del texto había sido manipulada por los comisionados justinianos. En todo caso, le era muy difícil admitir que las dos partes del texto se debiesen a la misma mano.

También H. Krüger sospechó de la autenticidad. (137)

En opinión de Beseler, lo dicho en este texto está en contradicción, se opone a lo que Ulpiano dijo en el § 12. Vamos a examinar lo que se dice en ambos textos para comprobarlo y veremos también algunos otros que hacen referencia al problema.

D. 40.5.24,12: Fideicomiso de libertad en favor de un esclavo:

<u>Propio</u>		<u>Ajeno</u>
Obligado a manumitir aunque sea poco lo recibido.	<u>Lo recibido, valor inferior precio esclavo. Marcelo: desde que adquiere el legado obligado a manumitir.</u>	No debe ser obligado a redimirle más que cuando pueda hacerlo con lo que consiguió por el testamento.

————— Fracción —————

D. 40.5.24,16 ahora considerado:

- Lo recibido, en principio suficiente, disminuye de valor.
- No distingue si el esclavo es propio o ajeno.
- No está obligado a manumitir si devuelve lo recibido.
- Si lo que queda del legado después de la disminución es suficiente para efectuar la manumisión, debe efectuarla.

Nosotros no vemos la contradicción a la que hace referencia Beseler. En principio porque se trata de supuestos diferentes. Y no solo es que

(136) The roman law of slavery, cit. nota (4) pag. 529 y nota (12) pag. 531

(137) Das veräußerungsverfahren... cit. en SZ 43 (1923) nota (4) pag.193



no vemos contradicción alguna entre los §§ 12 y 16, sino que por el contrario apreciamos una coherencia interna en todo lo que viene exponiendo Ulpiano desde el § 12 hasta el § 16. Por ello nuestra opinión - en cuanto a la genuinidad del texto tenemos que matizarla. Es posible que formalmente esté alterado. Es más, posiblemente también, el período nisi forte - sufficit sea una aportación compilatoria o incluso anterior. Pero lo que creemos evidente es que, tal y como se desarrolla el fragmento, lo que los romanistas que hemos citado consideran interpolado sobra porque se sobreentiende interpretado a sensu contrario el texto. Quizá el jurista clásico no hacía mención a ello al verlo claro, pero la mano tardía que lo retocó, no tan clarividente, creyó necesario hacerlo constar expresamente. Se ve en el texto la tendencia a favorecer la libertad, probablemente implícita antes de la intervención manipuladora y expresa después de ésta. Que el favor libertatis estaba en la mente de Ulpiano cuando redactó su monografía y fue un principio que guió la mayoría de sus decisiones es para nosotros un hecho que va adquiriendo poco a poco, a lo largo de este estudio, caracteres de firmeza.

Los otros fragmentos a los que antes nos referimos son:

D. 4.4.33, Val. 6 fideic. (138):

- Se encomienda la libertad de un esclavo propio del legatario que vale más que lo legado.
- El fiduciario es un menor
- El fiduciario aceptó el legado
- No se le obliga a manumitir si está dispuesto a devolver lo que recibió por el legado.
- Respuesta de Juliano equiparando a los menores con la libertad que tienen los mayores para no aceptar el legado si no quieren manumitirlo.

---

(138) Ya analizado antes, Vid. pag. 344 y ss.

D. 35.2. 36,1, Paulo 3 fideic.:

- Legado de cantidad encomendando al legatario la manumisión de un esclavo ajeno.
- No se obliga al fiduciario a gastar en la redención más de lo que recibió.

D. 35.2.36, pr.

- Legado de cantidad encomendando al legatario la manumisión de un esclavo propio.
- Fiduciario obligado a manumitir, pues parece haber estimado el valor del esclavo en la cantidad que recibió.

Veremos también D. 40.5.6. Paulo 60 ed. en el que se nos ofreció un resumen de posturas (139):

- Legado de 10.000 lrs. con el ruego de manumitir a un esclavo.
- Por la reducción de la Falcidia, es imposible comprar al esclavo a un precio menor.
- Si el esclavo fuera:

Propio

- Pienzan unos que no se le debe obligar a manumitir.
- Paulo es contrario a esta opinión.

Ajeno

- Opinan unos que no se le debe obligar a manumitir (coincide con Ulpiano).
- Otros piensan que debe obligarse a manumitir.
- Paulo dice que no está obligado si devuelve lo recibido.

Finalmente examinaremos D. 40.2.24, Ulp. 2 de off. proc.:

- Ruego por fideicomiso a un menor de 25 años que manumita un esclavo:

Propio

- Debe comprobarse la cuantía de lo que recibió por la última voluntad del causante y el precio de los esclavos que se lo pidió manumitiera.

Ajeno

- Permitir que lo manumita (sin más explicaciones)

Los textos examinados tratan de diferentes supuestos lo que puede hacer variar también alguna de las soluciones propuestas. Así parece que Valente (D. 4. 4.33) se separa de la común opinión, pero este hecho no debe extrañarnos pues ya Paulo nos advirtió en D. 40,5,6 que había disparidad de criterios en cuanto a la manumisión del esclavo propio encomendada por fideicomiso.

D. 40.5.24,16, dico: Quid ergo, si plures servos rogatus sit manumittere et ad quorundam pretium sufficiat id quod relictum est, ad omnia non sufficiat, an cogendum sit quosdam manumittere? et putem debere cum cogi vel eos, quorum pretium patitur, manumittere, quis ergo statuet, - qui potius manumittitur? utrumne ipse legatarius eligat, quos manumittat an heres a quo legatum est? et fortassis quis recte dixerit ordinem -- scripturae sequendum: quod si ordo non valeat, aut sortiri eos oportebit, ne aliquam ambitionis vel gratiae suspensionem praetor subeat, aut meritis cuiusque allegatis arbitrari eos oportet.

Nos planteó aquí Ulpiano algunas cuestiones en la línea de los problemas que viene tratando: -¿qué ocurre -se pregunta- cuando se ha encargado por fideicomiso manumitir a varios esclavos si lo dejado por el legado basta para el precio de alguno pero no para el de todos juntos? -¿Se obligará al legatario a manumitir a algunos? -¿quién determinará -cual será manumitido y cual no? -¿habrá de elegir el legatario a quien se dejó el encargo cuales va a manumitir, o elegirá el heredero a cuyo cargo se dejó el legado?

A las primeras interrogantes respondió el jurista en el sentido de -que se debe obligar al fiduciario a manumitir a aquellos esclavos cuyos precio pueda cubrirse con el importe del legado.

En cuanto al problema de quiénes serán los manumitidos, expuso diferentes criterios: -Seguir el orden que aparezca en la escritura (testamento); en su defecto, -echarlo a suertes, o -resolver por un árbitro -tras alegar los méritos de cada uno.

(139) Vid. lo que de este texto dice Impallomeni en Le manomissioni, -cit., pag. 174 y 175.

La genuinidad de este texto también ha sido puesta en duda.

Buckland consideró, después de examinar el contenido del mismo, sobre todo lo relacionado con el árbitro que decidirá quienes serán manumitidos y quienes no, que era espurio, que estaba corrompido, y que toda la gama de previsiones positivas parecían bizantinas. Además, en su opinión, la respuesta a las preguntas planteadas en el texto está expuesta en una forma propia de Triboniano (140).

Schulz (141) también estimó que estaba alterada una gran parte del texto, lo mismo que Beseler (141) que señaló como interpolado desde putum debere hasta oportet. Para H. Krüger el texto también sufrió intervenciones compilatorias (142).

El texto, por otra parte, tiene el interés de que en él aparecen mencionadas dos personas que han merecido ya algún comentario por nuestra parte: a) el árbitro que decidirá que esclavos serán manumitidos, y b) el pretor, que aunque nada se especifica sobre su persona, creemos debe tratarse del pretor fideicomisario, que ya en esta época sería el que intervendría en los asuntos relacionados con nuestro instituto.

En nuestra opinión, en lo relativo a las preguntas que se planteó - Ulpiano, el texto puede considerarse fundamentalmente auténtico. La situación que Ulpiano analiza se presentaría evidentemente en la práctica y es lógico que el jurista, bien porque lo conoció directamente o por medio de otros juristas que se habían ocupado del tema en sus monografías, prestase su atención al mismo.

(140) The roman law of slavery cit., pag. 527 y 557.

(141) Beleutliche, dolus und error bei der stellvertretung nach klassischem römischem recht, en FZ 33 (1912) nota (3) pag. 52, 43 y 54.

(142) Rechtsgeschichte.... 3, pag. 88 - 89.

(143) Das verfahrensverfahren... cit., en FZ 43 (1927) nota (2) pag. - 154.

En cuanto a la genuinidad de las respuestas que aparecen en el texto no se puede negar el sabor compilatorio de algunas expresiones (fortassis recte dixerit — sequendum, etc.) Pero de esto a afirmar que el contenido de las soluciones apuntadas es triboniano hay un paso que nosotros no podemos dar. Pensamos, pues, que el texto está alterado por manos compilatorias que lo que hicieron fue compendiar las soluciones diferentes que se dieron al problema planteado, soluciones que no tienen por que no ser clásicas, aun considerando la presencia del arbitrator tan discutida en los textos clásicos por romanistas tan eminentes como Albigar.

D. 40.5.24, 18, dice: Simili modo dicendum est et si redimere iussus sit libertatemque praestare nec pecunia quae legata est sufficiat ad redemptionem omnium, quibus libertas data est: non et hic idem erit, quod supra probavimus.

En este párrafo se extiende el régimen que se ha aplicado en el anterior cuando se trataba de esclavos propios del legatario fiduciario, a los esclavos ajenos, es decir, que no pertenecen al legatario fiduciario. Si con la cantidad legada no es suficiente para rescatar y luego manumitir a todos los esclavos que el causante quiso beneficiar, se eligirán por el procedimiento señalado anteriormente los que han de ser rescatados y manumitidos.

La condición de ajenos de los esclavos a los que se hace referencia en el texto es fácilmente deducible de los términos empleados en el mismo. El redimere indica que el legatario debe primero redimir, y para redimir, el esclavo en cuestión tiene que ser propiedad de otra persona diferente a la del legatario. Además, el iter argumental así nos lo indica. Si en el párrafo anterior el caso estudiado hace referencia a unos esclavos propios del legatario, entra dentro de la lógica el análisis cuando los esclavos en cuestión son ajenos.

Beseler (143) mantuvo su postura anteriormente indicada y consideró alterada la última parte del texto, desde non et hic, hasta probavimus.

Veamos los dos §§ siguientes, 19 y 20:

D. 40.5.24, 19, Si cui legatum sit relictum inque rogatus sit servum proprium manumittere eique quod legatum est praestare, an fideicommissaria libertas praestanda sit? quodam movet, quia, si fuerit coactus ad libertatem praestandam, ex necessitate ad fideicommissi quoque praestationem erit cogendus: et sunt qui putant non esse cogendum nam et simili legatum fuisse relictum et id rogatus easem Titio restituere confectum et praeterea fideicommissam libertatem servo meo praestare, sine dubio diceremus non esse me cogendum ad libertatis praestationem, quia - nihil pretii nomine videor accepisse, plane si forte post tempus fuerit rogatus restituere sibi legatum relictum, dici potest propter modum temporis factum cogendum cum manumittere, § 20: si rogatus quis alii fundum, cum morietur, alii centum praestare, si tantum ex fructibus fundi percoperit, quantum est in fideicommisso, cogendum cum praestare, sic fit, ut sit in pendenti fideicommissum pecuniarium et fideicommissae libertatis praestatio.

El problema planteado, como se ve, es qué sucede si se ha dejado a alguien un legado y se le ha encargado manumitir un esclavo propio y entregarle lo recibido por el legado. En este supuesto, ¿se debe cumplir la manumisión fideicomisaria? Nos presenta Ulpiano las dos soluciones posibles y los argumentos con los que sus partidarios las avalan.

Unos opinan que se debe el legado y la manumisión porque si se le obliga a manumitir, también se le obligará necesariamente a pagar; otros, sin embargo, creen que no se le debe obligar, y ponen el ejemplo de que si se hubiese dejado un legado con el encargo de restituirlo inmediatamente a Titio y además se hubiese pedido al legatario por fideicomiso que diera la libertad a un esclavo de su propiedad, se dirá sin duda que no debe el legatario ser obligado a la manumisión, pues no parece que haya recibido nada en concepto de precio. Ahora bien, si la restitución del legado que se le dejó hubiera de hacerse después de cierto tiempo, se le podría obligar a la manumisión al tener en cuenta el fruto obtenido de la cantidad legada durante el tiempo intermedio (lo que se consideraría como precio del esclavo a manumitir). En el § 20 se sigue argumentando en este sentido y se dice que así también debe ser -

obligado a cumplir el fideicomiso quien recibiera el encargo de dar al morir la propiedad de un fundo a un fideicomisario y a otro cien mil sestercios, si hubiera recibido por los frutos del fundo tanto como el valor del fideicomiso.

La conclusión a la que llegó el jurista después de todos estos ejemplos es que el cumplimiento del fideicomiso de cantidad y el de manumisión quedan pendientes (debemos suponer que del posible lucro del fiduciario).

Beseler (144) puso en duda la genuinidad del texto. En su opinión, fruto de la alteración sería la frase quodam novet, quia — praestatio-  
tione erit cognita, es decir, que Ulpiano no haría referencia a la opinión favorable a la manumisión fideicomisaria. También consideró que no fruto de la alteración confessio y desde ad libertatis praestatio-  
nem hasta acceptissimae, referido a que el legatario fiduciario no ha recibido nada en concepto de precio y por ello no debe ser obligado a la manumisión. También Kalinka, apoyándose en Beseler, consideró manipulado el texto (145).

En nuestra opinión no vemos por qué, aparte de posibles alteraciones no substanciales, no podía mantenerse en época de Ulpiano esa opinión favorable a la manumisión. Vemos, además, que no era la única postura existente, puesto que el jurista nos mostró el estado de la cuestión, con opiniones a favor y en contra de la manumisión fideicomisaria en el supuesto concreto que se estudia. Como venimos diciendo, estamos apreciando que el favor libertatis se fue abriendo paso poco a poco, y que en estas afirmaciones de los juristas ha ido dejando su huella.

D. 40.5.24,21, último párrafo de este extenso fragmento, dice: Quotiens autem fideicommissaria libertas relinquatur efficaciter, in ea

(144) Beiträge..., 2 pag. 52

(145) Digestenkritik und Indogologie, en 37 47 (1927) pag. 324

causa est, ut neque alienatione neque uerendi causa extinguere possit: ad -  
quocumque enim pervenerit is servus, cui fideicommissam libertatem relic-  
ta est, coram manu mittore: et ita est recipiendus constitutus, com-  
tur scitur in, ad quem servus pervenerit, fideicommissam libertatem -  
praestare si hoc maluit is cui rogatus est: latius enim acceptum est, ut  
et si sub conditione fuit ei libertas relicta et pendente conditione -  
alienatus sit, attamen cum eius causa alienatur, quod ei nolit ab eo ma-  
nunmitti, sed potius ad eo velit ad libertatem produci, qui erat rogatus  
eum munimittere, audiri eum oportere divus Hadrianus et divus Pius res-  
cipuerunt, quin imo et si ipse manus missus est, velit tamen potius eius  
libertas fieri, qui erat rogatus eum munimittere audiendum cum divus -  
Pius rescripserit, sed et si ex persona manus missoria vel ex quacunque cau-  
sa manus missus ostendere poterit ius suum laedi munimissioni vel otien -  
laeum, succurri ei ex his constitutionibus oportet, nec contra volunta-  
tem defuncti durior eius condicio constituitur, plane si ea sit defunc-  
ti voluntas, ut vel a quocumque munimitti voluerit, dicendum est consti-  
tutiones supra scriptas cessare.

Trató aquí Ulpiano de la obligación de cumplir con la manumisión aun que el esclavo haya ido a parar a otro dueño y de la facultad del escla vo para exigir, si lo desea, que el manumitente sea el fiduciario.

Un texto de contenido similar a éste ya fue estudiado cuando nos en- frentamos con los textos de Paulo (146) sobre libertades fideicomisa- rias, en donde vimos también un texto de Modestino (147) que hacía alu- sión al mismo problema.

Pero Ulpiano ofrece una visión mucho más completa recogiendo las dig- posiciones imperiales que al respecto surgieron. (148)

(146) D. 44.5. 21, Vid. page. 389-390.

(147) D. 44.5. 15, Modest. 3 *quod*.

(148) Rescritos de Adriano y Antonino Pio. En opinión de Impallomeni, - este texto forma parte de una serie de ellos en los que se reco- gen disposiciones sobre la operabilidad *quod* *quod* del fideicom- iso de libertad. Vid. *La manumissioni...* cit., nota (82), pag. -- 247.



Plantea la cuestión de la siguiente forma: cuando se deja válidamente la libertad fideicomisaria no puede ésta impedirse ni por la enajenación ni por la usucapión, (tanto la una como la otra referidas al esclavo), pues, quienquiera que llegue a hacerse dueño de ese esclavo al que se dejó la libertad, viene obligado a manumitirlo como se ha decidido en muchos rescriptos. Se obliga, pues, al que tiene el esclavo a que cumpla la manumisión fideicomisaria (solución que ya nos apuntó - Paulo en D. 40.5.29). Pero también nos ofreció Ulpiano otra posible solución: si el esclavo lo prefiere, se obliga a manumitir a quien recibió el encargo, ésto es, al fiduciario. Se dió, pues, al esclavo una facultad que, como veremos más adelante, no es pacíficamente admitida.

Según Ulpiano incluso se admitió que si se dejó a un esclavo la libertad bajo condición y el esclavo fue enajenado antes de cumplirse la condición, queda enajenado sin perjuicio de su situación, (es decir, - que cuando se cumpla la condición deberá ser manumitido). Una vez tratado este asunto refiere Ulpiano la existencia de dos rescriptos de Adriano y de Antonino Pio en el sentido de que debe ser atendido el esclavo que no quiera ser manumitido por el adquirente y prefiera alcanzar la libertad de la persona a la que se dió el encargo de manumitirlo, (podemos ver aquí recogida la postura sostenida por Modestino en D.40.5.15). Además, en el mismo rescripto de Antonino Pio se disponía que debía ser también atendido el esclavo cuando ya manumitido (hay que entender que por el adquirente por lo que se dice a continuación), prefiera hacerse liberto del que recibió el encargo de manumitirlo. Y también, en virtud de estas constituciones imperiales, debe defenderse al esclavo cuando una vez manumitido pueda probar que la manumisión le perjudica o le ha perjudicado ya a causa de la persona del que le manumitiró o por cualquier causa que sea, a fin de que no se le ponga en una condición más desventajosa en contra de la voluntad del difunto.

El texto finaliza con una aclaración de lo anterior: si la voluntad del difunto es de que el esclavo sea manumitido por cualquiera, deberá decirse que dejan de aplicarse las citadas constituciones.

Podemos afirmar que Ulpiano hizo en este fragmento un análisis exhaustivo del problema planteado con sus posibles soluciones, análisis en el

que suponiendo no estarían ausentes las aportaciones de los otros juristas autores de monografías sobre fidelcomisos (lo hemos visto patente en el caso de Paulo) y que serían tomadas en cuenta en su prolijo y detallado tratamiento. Probablemente no debe a esta prolijidad en el tratamiento el que no encontremos muchos más fragmentos en el Digesto que hagan referencia al tema.

En cuanto a la genuinidad del texto, existen sospechas de manipulación sobre una parte muy concreta, y el resto es generalmente admitido como clásico.

Lenel (149) señaló como alterado si hoc maluit in qui rogatus est - y estimó que quizá todo el periodo rogatur legitur rogatus est fuera obra de Trifoniano. Bonacini también indicó que si hoc maluit in qui rogatus est no era de Ulpiano. Impallomeni ha sostenido también la alteración de este periodo, (150) y Puckland (151) había estimado también que esta parte del texto estaba interpolada. Por su parte, Albertario, (152) sostuvo que con toda probabilidad estaría interpolado el etiam - además de por otros indicios, por el diferente modo de los verbos (etiam ... fuit libertas relicta ... liberatus sit).

No cuestiona, pues, esta facultad de elección que se concedió al esclavo, y lo cierto es que el texto presenta señales claras de manipulación como, aparte las ya señaladas, la llamada final expresa el cumplimiento de la voluntad del causante que tendría la consecuencia de hacer cesar la aplicación de las constituciones que se mencionan. Pero, a nuestro modo de ver, no se puede negar el origen clásico de los temas tratados en el texto. Venimos diciendo que los juristas autores de monografías sobre fidelcomisos se preocuparon, entre otros, de dos problemas que se relacionan con lo expuesto en el texto: -el cumplimiento de la voluntad del causante, y -la correcta atribución del patronato. Y -

(149) Pal., II, nota (1) col. 920

(150) La impersonazione..., cit., pag. 70

(151) The Roman law of slavery cit., nota 10, pag. 615.

(152) Contributi alla critica del Digesto, Studi II, nota (1) pag. 93 y 94.

relacionado con este segundo punto estimamos como posible el que hasta se llegara a conceder al esclavo la facultad de elección a la que nos hemos referido.

El texto que aparece a continuación, el frag. 26, es otro de extensión considerable. Lenel estimó la existencia de dos partes: D.40.5.26, pr.-6, acompañando a D. 40.5.24,21 y D.40.5.26, 7-11 (153)

D. 40.5.26, pr., dice: Cum vero is qui rogatus est non alienum manumittere mortalitatis necessitate vel bonorum publicatione ad alium servum perduxit, magis opinor constitutionibus esse locum, ne deterior condicio fideicommissae libertatis fiat nam et cumquidem rogatus esset, cum moreretur, servum manumittere isque decedisset libertate servo non data, perinde cum habendis constitutum est atque si ad libertatem ab eo perductus esset: potest enim eo testamento dare libertatem acconit fideicommissariam, si ab alio quam qui erat rogatus manumittatur, iurilium constitutionum habeat perindeque habentur atque si ab eo manumissus fuisset, quoniam fideicommissis libertatibus favor exhibetur neq interdicere solet destinata fideicommissa libertas: qui enim ea donatus est, in possessionem libertatis interea videtur.

Sigue tratando Ulpiano el mismo problema que en el texto anterior - (no es de extrañar por ello que Lenel nos lo ofrezca juntos en su reconstrucción). El jurista es de la opinión de que son aplicables las constituciones a las que hizo mención en el texto anterior cuando el que ha recibido el encargo de manumitir a un esclavo que es suyo, lo traspassa a otra persona, sea a consecuencia necesaria de la muerte, sea por la venta pública de sus bienes, y esto a fin de que no se perjudique la condición del fideicomiso de libertad.

Aparece aquí otra afirmación en pro del favor libertatis, que se acentúa más firmemente al final del texto cuando se nos dice que los fideicomisos de libertad gozaban de un trato favorable (quoniam fideicommissis libertatibus favor exhibetur.)

(153) Vid. Pal., II, cols. 920, 921 y 922, fragmtos.1838-1839.

Albertario (154) sostuvo la no genuinidad de mortalitatis necessitas ya que el substantivo abstracto mortalitas no es muy conforme al uso latino, y cuando aparece en los textos de los juristas clásicos, frecuentemente no es genuino.

Es claro en que Albertario, en esta ocasión, no sostuvo con firmeza la impureza de estas palabras. Pero sí se mostró más firme cuando indicó la alteración de una importante parte del párrafo, la comprendida - desde porinde cum hasta el final fideicommissaria libertas (155) afirmando que aún prescindiendo del resto, la frase fideicommissaria libertati- bus favor exhibetur no pudo ser hipotética.

Insiste Albertario en negar toda la posibilidad a la tendencia favorable a la libertad en las manumisiones fideicomisarias de la época clásica, tal posición nos parece excesiva. Nosotros, creemos que en la mayor parte de los textos que estamos examinando las trazas y señales de esta tendencia tienen un origen clásico. Que la forma como aparece expresada en algunos textos del Digesto haya sufrido alguna modificación por parte de los juristas postclásicos o justinianos, es posible. Pero lo que nos parece confirmado, por repetido, es la existencia en la época clásica de la tendencia, que se manifiesta quizá más rotundamente - con las alteraciones posteriores.

El § 1 dice: Admret iuritur subventus fideicommissaria libertas, ut in re nova facta esse his videtur et ex illo quidem, que libertas peti potest, nati sunt potestatem remissionis causa, ex die x. m. cum testis est, inveniuntur, elevarum enim per ignavia vel per timiditatem coram, nullas relinquunt libertas fideicommissaria vel ignorantia iuris sui vel per auctoritatem et dignitatem coram, a quibus relicta est, vel servus petitur vel in totum non petitur fideicommissaria libertas: que res obesse libertati non debet, quod iuritur defendimus. Ita determinanda -

(154) Actio de iuribus iuris a actio quodlibet in rem, en Studi I, nota (4) var. 97-98.

(155) Actio de iuribus iuris a actio quodlibet in rem, en Studi I, pag. 72.

est, ut ingenui quidem ex inde nascentur, ex quo mora libertati facta est, manumitti autem notum dici debet, ex quo peti libertas potui, quamvis non sit petita, certo minoribus viginti quinque annis et in hoc tribuendus est auxilium, ut videntur in re mora esse non qua ratione decretum et a divo Severo constitutum est in re mora esse circa pecuniaria fideicommissa, quae minoribus relicta sunt, multo magis debet etiam in libertatibus hoc idem admitti.

Hace referencia el fragmento a la incidencia de la mora en la manumisión y sus correctivos para que la libertad se adquiriera o para que sean libres e ingenuos los hijos de la esclava que tuvo que ser manumitida, haciendo mención Ulpiano a una constitución de Septimio Severo equiparando el régimen de los fideicomisos de libertad al de los fideicomisos pecuniarios que se dejan a los menores.

El contenido del texto es una reiteración del favor que recibieron las manumisiones fideicomisarias, para introducirnos inmediatamente en el campo de la mora, afirmando que se apreciará la mora sin necesidad de reclamación. La justificación a esto es que, muchas veces, debido a la timidez o timidez de los esclavos favorecidos con una manumisión fideicomisaria, o por ignorancia del derecho, o por respeto y consideración hacia los que recibieron el encargo, se retrasa la reclamación, o, incluso, se deja de reclamar la libertad fideicomisaria y esto no debe ser obstáculo para que la libertad se alcance.

Podemos ostinar esto como el centro de la cuestión planteada por Ulpiano, ya que el resto son consideraciones referidas al caso concreto del hijo de una esclava y los problemas relativos a la reclamación de la libertad. Se viene a decir que los hijos nacidos de una esclava así manumitida (en las circunstancias de mora antes aludidas) se entreguen a su madre para que los manumita ella, y también para que nazcan libres desde el momento en que se redame efectivamente la libertad. Y todo el discurso referido al retraso en la manumisión, debe concretarse en el sentido de que los hijos de la esclava así manumitida nazcan libres desde que se ha incurrido en mora para dar la libertad, pero se debe decir que hay que manumitir al hijo que ha nacido, desde el momento en el que se podía reclamar la libertad, aunque no se haya reclamado.

sigue el texto haciendo referencia a los menores de veinticinco años que deben gozar también en este caso del auxilio de la rescisión por entero (156), de suerte que la norma se aprecie sin necesidad de rectificación. Posteriormente el texto de la constitución de Septimio Severo a la que hemos hecho referencia con anterioridad.

La genuinidad del texto también ha sido puesta en duda (157).

En consecuencia, Impallomeni dedicó su atención al contenido del mismo (158) refiriéndose, entre otras cosas, a la intervención imperial que en él se aprecia respecto a la ingenuidad del hijo nacido de esclava favorecida con la libertad fideicomisaria cuando el gravado con la manumisión incurra en mora, y de la línea unitaria en la legislación que se observa en el tema de provisiones en favor del hijo nacido de una esclava favorecida con un fideicomiso de libertad (hace referencia a constituciones de Antonino Pio, los divi fratres, Septimio Severo, etc.)

Impallomeni, además como copista in re mora facta opera videtur et haciendo referencia a las observaciones de Sibar y Montel en el sentido de que la expresión para in re se utilizó de forma diferente a la que aparece en la última parte del texto. Sin embargo, la sustancia del texto no cambia, por lo que, según Impallomeni, debe tratarse de una imprudente intervención compilatoria o de un error de transcripción. También refirió Impallomeni, como ya hizo Montel (159) y las ediciones críticas del Digesto, que el irredemptur que aparece en el texto sería un mancipatur en la versión ulpianea.

En entrar en los problemas relativos a la norma acordados en el texto, consideramos que en sustancia éste es auténtico y que en él se recoge, entre otras cosas, esa legislación imperial que emana de Antonino Pio en favor del hijo nacido de la esclava beneficiada con un fideicomiso de libertad.

(156) Según la versión castellana del Digesto de Pons, Fernández-Tajada, etc.

(157) Véase al respecto los trabajos de Montel, Enlap, Segre y Sibar citados en el Index Interpolationum.

Apreciamos aquí, otra vez, la tendencia favorecedora de la libertad para nosotros presente en la mayoría de nuestros juristas autores de monografías sobre los fideicomisos, manifestada en este caso por Ulpiano en los correctivos aplicados a la mora en la manumisión para que la libertad se adquiriera y para que sean libres los hijos de la esclava - que tuvo que ser manumitida y no lo fue.

El § 2 dice: Quis quidam Caeclius ancillam, quam pignori obligaverat, diuiseo creditore per fideicommissum manumitti voluisset et heredibus creditorem non libertatibus infantis, qui postea erant editi, venissent a creditore, imperator postea cum patre rescipit secundum ea quae divo Pio placuerint, ne pueri ingenuitate destinata fraudarentur, pretio emptori restituto perinde eos ingenuos fore, ac si mater eorum suo tempore manumissa fuisset.

Hace aquí referencia Ulpiano a un rescripto de Septimio Severo y Caracala que recogió el espíritu favorecedor de la libertad del rescripto de Antonino Pio en favor de los hijos de una esclava beneficiada - con un fideicomiso de libertad.

La cuestión es como sigue: Un tal Cecilio encomendó un fideicomiso en virtud del cual una esclava cuya que él había hipotecado fuera manumitida al quedar satisfecho el acreedor. Por retrasarse los herederos - en pagar el acreedor, éste vendió a los hijos de aquella esclava nacidos con posterioridad (hay que suponer que a la muerte del causante, o al momento en que fuese exigible el cumplimiento del fideicomiso). Para este caso dispusieron Caracala y Septimio Severo (imperator postea cum patre) que conforme a lo establecido por Antonino Pio, no quedasen aquellos niños defraudados en su expectativa de nacer como libres y - fueran considerados libres de nacimiento, encontrando, por supuesto, - una solución para que el comprador de esos niños no se viese defrauda-

(158) Le manumissioni... cit., nota (185) pag. 113; nota (186) pg. 114 pag. 115 y 117 y nota (74) pag. 243.

(159) Pal., II, nota (4) col. 920

do, solución que consistiría en la restitución del precio, lo mismo que si su madre hubiese sido manumitida a su debido tiempo.

La tendencia a favorecer la libertad también es patente en este texto. A nosotros, sin embargo, se nos ocurren algunas cuestiones: ¿quién debe rescatar a los niños vendidos? en nuestra opinión deben ser los herederos que son quienes se han retirado en su obligación de manumitir a la esclava en su debido momento. ¿qué ocurriría si el adquirente de los niños se negase a su redención? suponemos que sería obligado a ello por lo dispuesto en el rescripto (160).

El texto, en nuestra opinión es substancialmente clásico y no ha sido objeto de retoques fundamentales. Recoge la doctrina clásica al respecto y se hace eco de la legislación imperial favorecedora de las manumisiones fideicomisarias.

D. 40.5.26,3, dice: Idem imperator noster cum patre rescripsit. si post quinquennium mortis testatoris tabulae testamenti apertas essent vel codicilli et partu e medio tempore editus sit, ne fortuita mora servitutem partui irrogaverit, matri partum tradendum, ut ab ea ad libertatem perducatur.

Se hace referencia a otro rescripto de Septimio Severo y Caracala en el que se dispuso que si se hubiese abierto un testamento o un codicilo después de haber transcurrido un quinquenio desde la muerte del testador y hubiera nacido entre tanto un hijo (de la esclava manumitida fideicomisariamente en los mismos) debe este hijo ser entregado a la madre para que ella lo manumita a fin de no hacerlo esclavo a consecuencia de la mora fortuita.

Siber consideró alterado el inciso ne fortuita mora — irrogaverit, y sostuvo que Ulpiano consideró la mora como dolosa ya que cinco años son muchos para abrir el testamento, y que por lo tanto la alusión a la mora fortuita sería compilatoria (161).

(160) Vid. Impallomeni, Le manomissioni... cit. nota (188) pag. 114

(161) Interpellatio und mora, en SZ 29 (1908) nota (2) pags. 79-80



Sin embargo, Impallomeni hizo ver que el gravado con el cumplimiento de un fideicomiso no es necesariamente responsable de la falta de apertura de un testamento, circunstancia que puede deberse a las causas más variadas. No se debe olvidar, concluyó Impallomeni, que el contenido del testamento es generalmente secreto (162).

Tenemos que mostrarnos de acuerdo esta vez con Impallomeni y rechazar la afirmación de Sibir que podríamos admitir si estuviere planteada como sospecha. Es posible que un testamento que no se abre en un quinquenio deba este retraso a una causa dolosa, pero de ello a hacer responsable del retraso al fiduciario hay un paso que desde luego Ulpiano no dió en su argumentación.

Lenel (163) señaló también aquí que Ulpiano no utilizaría *tradendum* sino *principandum*, lo que es lógico admitir si se tiene en cuenta la evolución de las instituciones jurídicas romanas.

D.40. 5.26,4, dico: Apparet igitur ex hoc rescripto, ita eo quod a divo Pio rescriptum diximus, voluisse eos moram libertati fortuitam nocere edito ex ea, cui fideicommissa libertas data est.

Se hace referencia a la intervención imperial por medio de los rescriptos de Antonino Pio, Septimio Severo y Caracala en el sentido de que la voluntad del emperador era que la mora fortuita no perjudicase la libertad del que nace de una esclava a la que se ha concedido la libertad por medio de un fideicomiso.

Beseler (164) vió con toda claridad en el texto una glosa patente, y Sibir siguió dudando del *fortuitam*. (165)

(162) *Le manomissioni...* cit., pag. 117, nota 199. Hace referencia Impallomeni a dos posturas jurisprudenciales con respecto a la mora, una encabezada por Ulpiano y Modestino, y la otra por Marciano.

(163) Pal., II nota (1) col. 921

(164) *Romanistische Studien* en TR 10 (1930) pag. 187.

(165) *Interpellatio ad mora*, loc. cit.

Ya hemos expuesto nuestra opinión respecto a la opinión de Sabor. En cuanto a la de Beseler, tenemos que decir que lo dicho en el texto es evidente y se deduce de todo el iter argumental que Ulpiano venía desarrollando a lo largo de todo el fragmento. Es posible que el jurista clásico no considerase necesaria esta reiteración y que sin embargo una mano postelástica o justinianea, con menos agilidad mental necesitase de esa aclaración. En cualquiera de los dos casos, lo contenido en el texto no hace más que corroborar lo anterior. Que fuere o no escrito por Ulpiano, no altera en nada la voluntad favorecedora de las manumisiones fideicomisarias por parte de los emperadores cuando éstos se enfrentaron al problema de la mora en la ejecución de la voluntad del causante.

El § 5 dice: Non tamen si a substituto impubere fideicommissa libertas data sit ancillae quando vivo impubere partum ediderit, vel si post tempus vel sub conditione libertatem acceperit et ante diem vel conditionem partum ediderit ad libertatem partum perducetur, quia horum alia condicio est: non enim mora fortuita, sed ex voluntate testamentis passi sunt.

Aquí se plantea un supuesto diferente al de la mora fortuita ya que entran en juego problemas de término y condición. Ulpiano no salvó el obstáculo que impedía la libertad del hijo de la esclava manumitida.

El supuesto de hecho es el siguiente: se ha dado a una esclava la libertad fideicomisaria a cargo de un substituto pupilar y ella da a luz en vida del impúbere; o si se concedió la libertad a partir de un término o bajo una condición y la esclava da a luz antes del término establecido para la libertad, o de cumplirse la condición. En estos supuestos, dice Ulpiano, los hijos no alcanzan la libertad ya que en tales casos se encuentran en una situación distinta pues no sufren la consecuencia de una mora fortuita, sino los de la voluntad del testador.

En este caso la voluntas testamentaria es diferente a la de los casos examinados con anterioridad, y por ello la solución a la que se llega es distinta.

El texto nos parece substancialmente clásico.

D. 40.5.26,6, dice: Si pro non scripto habitus sit servus alieni legatus, cui servus per fideicommissum libertas debeat interdicere et an si servus petant fideicommissam libertatem ab eo, pones quem remansisset pro non scripto habito legato quod erat relictum ei qui cum rogatus fuerat manumittere, vel si ipse servus, ut supra dictum est, fuit legatus, an libertas non debeat interdicere, et putem debere dici fideicommissam libertatem salvas esse, licet ad eum nihil pervenerit, qui cum rogatus erat manumittere: coeatur igitur libertatem praestare is ad quem pervenit legatus, quia libertas fideicommissa nullum impedimentum pati debet.

Se aborda aquí el problema de la nulidad de un legado siendo el legatario la persona encargada de dar la libertad. Se discute acerca de si debía invalidarse el fideicomiso de libertad y si no debía anularse éste en el caso de que el esclavo reclamase la libertad fideicomisaria - contra aquél en cuyo poder quedó al resultar nulo el legado en favor de aquél a quien se había encargado la manumisión.

El texto recoge una opinión de Ulpiano en el sentido de que debía decirse que quedaba a salvo la libertad fideicomisaria aunque no haya obtenido nada el fiduciario a quien se le encargó la manumisión, pues queda obligado a manumitir aquél a quien vino a parar el legado, toda vez que el fideicomiso de libertad no debe sufrir impedimento alguno.

Con esta claridad se manifestaba la última parte del texto en favor del fideicomiso de libertad. Y una afirmación tan evidente, como va siendo habitual, no pudo ser acogida sin recelos y sin sospechas.

Ya Lenel señaló como glosa desde et in, si servus hasta non debeat interdicere (166) considera también como glosa esta parte al V.J.R. - (167). En la edición del Digesto de Bonfante y Scialoja se duda también

(166) Pal., II nota (2), col. 921

(167) III, 16, 17; IV, 217, 3; IV, 320, 25.

de la autenticidad del apartado final et putem — pati debet. A Barbieri (168) la última frase quia libertas fideicommissa — pati debet le hizo pensar, por su forma, en una interpolación o bien en una glosa, aunque no necesariamente justinianea.

Nosotros seguimos manteniendo que el pensamiento, la tendencia favorecedora de la libertad es clásica. Puede que un planteamiento tan tajante sea producto de una intervención postclásica, pero no así el pensamiento originario.

Lenel nos presentó a continuación un texto formado por D. 40.5.26, 7-11 y D. 40.5.28, pr.-3, fragmentos que tienen en común el tratar del Senadoconsulto Rubriano (169).

D. 40.5.26, 7, dice: Subventum libertatibus est senatus consulto, — quod factum est temporibus divi Traiani Rubrio Gallo et Celio Hispano consulibus in haec verba: si hi, a quibus libertatem praestari oportet advocati a praetore adesse noluerint, si causa cognita praetor promulgasset libertatem his deberi, eodem iure statum servari, ac si directo nuntiari essent.

Nos describió aquí Ulpiano el contenido del SC. Rubriano que data — del tiempo de Trajano, siendo cónsules Rubrio Gallo y Celio Hispón. — (170).

De este SC. ya tenemos referencias porque ha sido objeto de estudio en otras obras de la literatura monográfica que aquí consideramos (171)

(168) Caduca e testamento, en Studi Bonfante, 4, nota (27) pag. 586

(169) Pal. II, cols. 921-922, frag. 1889

(170) La fecha correspondiente a nuestra era, como ya apuntamos en nota (33), pag. 354, no es segura. Aparece como más probable los años 101 ó 103. En algunos fasti consulares son citados como cónsules sufectos en el año 101 p.C. (854 a.u.c.) Rubrio Gallo y Celio Hispón, ocupando las magistraturas epónimas el emperador Trajano por cuarta vez y Sexto Articulio Peto. Vid., pe., Fasti Consulares, ed. Corpus Iuris, Colonia 1756, pag. 19 Vid. tb. Impallomeni, op. cit. page. 234-235.

Ulpiano nos muestra una de las disposiciones del mismo: si los que deben manumitir no quieren acudir al llamamiento del pretor, y éste hubiese decretado, previa cognición de la causa, que se debía la libertad, observarse lo mismo que si los esclavos hubiesen sido directamente manumitidos.

El SC. dispuso, pues, que si concedida una libertad fideicomisaria - el fiduciario no acude al llamamiento del pretor (llamamiento en el sentido de que procediese a la manumisión), y el pretor, estudiada la causa decretase que la manumisión era debida, ésta se llevaba a cabo como si los esclavos hubieran sido directamente manumitidos. Y éste -según- el jurista- para poner remedio en las manumisiones a las que se venía refiriendo en los anteriores §9, en los que bien por mora, o por otro tipo de causas la manumisión se veía obstaculizada.

En estos casos en los que están obligados a la manumisión no comparecen injustificadamente, al esclavo se le considerará como manumitido ex testamento, y por tanto, en cuanto a la atribución del patronato resultará ser un liberto Oratio.

Para Impallomeni, obligados en base al SC. son los gravados con una manumisión fideicomisaria, herederos y no herederos y sus causahabientes capaces de manumitir, que tuviesen la disponibilidad jurídica del - esclavo (172).

En cuanto a la genuinidad, Kruger (173) cuestionó y consideró una - tardía generalización desde hi hasta oportet y propuso substituirlo - por heredes, en el sentido de que Ulpiano, en vez de referirse genéricamente a los que deben de manumitir, se referiría concretamente a los - herederos; y esta corrección la completó con la substitución del hi de hi debet por servis hereditariis. Sostuvo, pues que el texto no era -

(171) Concretamente en las de Meciano y Paulo. Vid. page.354-355 y 387-388. D. 40.5.36, pr. y D. 40.5.33, 1 y 2

(172) La manumissioni... cit. pag. 79 y ss. en donde se extiende en detalles sobre la aplicación del SC.

(173) Das Veräußerungsverfahren... cit., en SZ 48 (1928) pag. 174-76.

genuino. En él se efectuó tardamente una generalización de las diversas clases de fiduciarios, ya que en un principio sería solo el heres, siguieron los legatarios, luego el honorum possessor y quien hubiera recibido algo mortis causa. Pues, en su opinión, la jurisprudencia clásica no aceptó fácilmente ese proceso de extensión.

Impallomeni (174) admitió en parte la tesis de H. Kruger al estimar que del texto se suprimió la alusión al esclavo hereditario, puesto - que, en un principio, era el esclavo del heredero al que se debía la - libertad fideicomisaria.

Podríamos estar de acuerdo con Impallomeni en que esto sería así en un principio. Pero ya en tiempos de Ulpiano ¿no habría aceptado la jurisprudencia esta generalización? No debemos olvidar que Ulpiano escribió su monografía más de cien años después de la promulgación del SC. objeto de nuestra atención.

El § 8, dice: Non senatus consultum ad eos pertinet, quibus ex causa fideicommissi libertas debeatur, proinde si libertas deberetur, obremum tamen praetori est de libertate pronuntiatumque, ex hoc senatus consulto libertas non competit, et ita imperator noster cum patre rescripsit.

Resulta aquí referido un rescripto de Septimio Severo y Caracala en el que, se corrigen los posibles abusos que se pudieran hacer en la aplicación del SC. Rubriano (175). Si la libertad fideicomisaria no se debiese, pero se hubiera sorprendido al pretor, y éste, en virtud de este engaño, hubiera decretado que se debía la libertad ex Rubriano, -- no compete la libertad en virtud de este SC, como se dispuso en el rescripto al que antes hemos hecho referencia, ya que el SC. Rubriano atañe solamente a aquellos a los que se debe la libertad a causa de un fideicomiso.

(174) Le manomissioni... cit., pag. 80 y nota (83)

(175) De hecho, cuando fue necesaria esa intervención imperial, seguramente en la práctica se estarían produciendo los abusos que el rescripto trató de evitar.

Impallomeni insistió en la corrección de concretar que en un principio el SC. Rubriano competía solamente a los esclavos hereditarios, y así cuando en este texto se dice hoc senatus consultum ad eos pertinet, él propuso servos hereditarios (176).

D. 40.5.26,9, dice: Evocari autem a praetore oportet eos, qui fideicommissam libertatem debent; ceterum nisi fuerint evocati, cessat Rubriana senatus consultum. proinde demumtationibus et edictis litterariis evocandi sunt.

Se desarrollan en ese texto las formalidades necesarias para que se lleve a cabo lo dispuesto en el SC. Rubriano. Así se dice que deben ser llamados por el pretor los que están obligados a cumplir la manumisión fideicomisaria, pues si no fueran llamados, no sería de aplicación el SC. Rubriano. Se afirma, pues, en esta parte, la necesidad de convocatoria por parte del pretor para que se inicie el procedimiento fijado en el SC. que desembocará en la manumisión fideicomisaria. A continuación nos dice de que forma se convocará a los obligados a manumitir: citaciones, edictos y cartas.

Impallomeni, para explicar el impulso que pondría en marcha el procedimiento, sostiene que en la cognitio extra ordinem al esclavo se le reconocía prácticamente capacidad procesal. Admitido esto, el esclavo efectuaría una petitio libertatis ex fideicommissa, después de la cual el mismo magistrado procedería a cumplir, mediante demumtationes, edicta y litterae, la evocatio del demandado (177).

Nosotros pensamos que el texto es substancialmente clásico. Solassi cuestionó el litterarum (178) pero como puede verse no es la objeción de transcendencia tal como para hacernos dudar de la substancial clásicidad del contenido del mismo.

(176) La manomissione... cit. pag. 79

(177) La manomissione... cit. pag. 67

(178) L'editto (qui absque iudicio defensum non fuerit), en Studi in - Onore di V. Simoncelli, 1916, nota (2) pag. 428.

D. 40.5.26,10, dice: Hoc senatus consultum ad omnes pertinet latitantes, quod fideicommissam libertatem praestare oportet, proinde siue heres rogatus siue miles alius, senatus consulto locus est omnes enim omnino, qui debuerunt fideicommissam libertatem praestare, in ea causa sunt, ut ad senatus consultum pertinet.

En este fragmento se nos explica el alcance del SC. Rubriano. Vale, según Ulpiano, para todos los que debiendo cumplir la manumisión fideicomisaria, se ocultan (no acuden, por tanto, al llamamiento del pretor) Así, -se dice- tiene lugar el aquel a quien se ha hecho el encargo es el heredero u otra persona, pues absolutamente todos los que deben cumplir la manumisión fideicomisaria quedan afectados por el SC.

El texto tenemos que ponerle en relación con el § 7. Allí Krüger sostenía, como dijimos, (179) que ese texto no era originario y que contenía una generalización tardía porque la jurisprudencia no aceptó fácilmente ese proceso de extensión. La postura de Krüger cobraba apoyo a través de D. 40. 5.26, 10, en donde se recalca por tres veces que el SC, no afecta solo al heres, sino a cualquier gravado. Evidentemente esta insistencia de Ulpiano puede hacernos pensar en una cierta resistencia por parte de la jurisprudencia en admitir esta generalización pero lo que también es cierto es que Ulpiano ya lo había admitido y, por lo tanto, la generalización que aparece en el § 7, puede pertenecer perfectamente a nuestro jurista.

No está de más que volvamos a recordar aquí como, en nuestra opinión todos los avances de que fue siendo objeto el fideicomiso se produjeron lentamente, y que lo que pudo comenzar afectando únicamente al heredero, pudo también, con el paso del tiempo, ampliarse a otras personas. Tampoco debemos olvidar, como hemos indicado anteriormente, que el SC. Rubriano, como muy tarde, vio la luz el año 103 p.C., y que Ulpiano escribió su monografía sobre los fideicomisos más de cien años después, y que en ese tiempo la práctica habría sugerido ya a los ju-

(179) Vid. pag. 433, y nota (173). También este romanista, en pag. - cuestionó el latitantes de nuestro texto.



ristas y a los emperadores modificaciones para conseguir mejores resultados en la aplicación de la disposición senatorial.

En D. 40.5.26,11,: Quare si heres quidem latitet, legatarius autem vel fideicommissarius, cui rogatus sit libertatem praestare, praesens - sit, senatus consultum deficit et nihilo minus immediatur libertas: pro nomamus enim legatarius nonnullum dominium servi pactum esse, se nos presenta un caso en que no es de aplicación el SC. Rubriano. Nos dice Ulpiano que si es el heredero quien se oculta y, esta presente, en cambio, el legatario o fideicomisario a quien se encomendó dar la libertad al esclavo, no es de aplicación el SC. y se impide la libertad.

El supuesto de hecho que nos presenta Ulpiano es el de un legatario per damnationem de un esclavo al que se le ha encomendado manumitir. - Si el heredero obligado a entregarle al esclavo desaparece (sin haber entregado el esclavo al legatario) el pretor no puede, en base al SC. - Rubriano, obligar al legatario a cumplir el fideicomiso, porque todavía el esclavo no está en la órbita de disponibilidad jurídica del fiduciario, condición necesaria, como ya dijimos, para que el SC. pudiese llevarse a efecto. (180) Para Ulpiano, pues, en este caso, Immediatur libertas. Pero no debemos olvidar el fragmento que en el Digesto sigue a este, D. 40.5.27, de Paulo 3 fideis, en el que para estos casos el jurista coetáneo a Ulpiano opinó que "... princeps adaudiendus est, ut et in hoc casu libertati promiciatur" (181) Esto nos hace pensar en dos posibilidades: 1) que Paulo se mostró más progresivo que Ulpiano en cuanto al favor libertatis en estos supuestos, proponiendo la vía de acudir al princeps para que este resolviera lo que fuese de justicia (la concesión de libertad al esclavo), y que Ulpiano, sin embargo, no se atrevió a proponer este paso, o 2) que Ulpiano en su discurso, cortado por los compiladores, también propusiera esta vía, pero en la selección de textos los compiladores prefirieron el texto de Paulo, cercenando en esta parte al de Ulpiano.

(180) Vid. pag.433 y nota (172)

(181) Ya estudiado por nosotros en pags.386 -387, con la crítica correspondiente a la genuinidad del texto.

En el primero de los casos encontraríamos una discrepancia de opinión entre los dos juristas, y en el segundo, una coincidencia que no nos han dejado comprobar.

De cualquier forma, el texto que estamos estudiando, nos parece substancialmente clásico, sin olvidar por ello el que pueda estar cercenado.

En D. 40.5.28, pr., Si cum servus, qui erat fideicommissarius libertus - maliste, distraxerit se cui erat rogatus et senior quidem latitavit, in - quibus cum rogatus erat, praesens sit, an Rubriano rogatus consulto lo - que sit? et sit Marcellus Rubrianus locum habere, quia abest quoniam manu - mittere oportet, el caso planteado por Ulpiano es el siguiente: ¿ten- drá aplicación el SC. Rubriano cuando el encargado de manumitir al es- clavo le hubiese vendido y está presente pero se oculta al comprador? - Acudió Ulpiano a la opinión de Marcelo (182) que pensaba que sí era de aplicación el SC, porque estaba ausente el que debía cumplir la manumi- sión.

Es sabido que la obligación de manumitir no cesa porque el esclavo - sea vendido y que esta se traspaasa al adquirente.

Impelloneni (183) siguiendo su concepción de la aplicación del Ru- briano al esclavo hereditario, que si el esclavo era hereditario y al - adquirente se ocultaba, tenía lugar el SC. Rubriano y al esclavo se con- vertía en liberto Creino.

En nuestra opinión Ulpiano tiene aquí presente lo dicho en D.40.5.26 11. En los dos supuestos se oculta una persona, pero el tratamiento da- do a ambos casos es diferente: la no aplicación del SC. Rubriano en el anterior y la aplicación en el que estamos analizando. ¿En qué se dife-

(182) Lenel, en la reconstrucción de la obra de Marcelo, situó esta opi- nión cuya recogida por Ulpiano en el libro XVI Digestorum, de li- berali causat de manumissionibus.

(183) La manumissioni... cit, pag. 76 nota (61)

rencian para que se llegue a soluciones tan contrapuestas? A nuestro modo de ver, la diferencia es clara. En el primer caso, la persona oculta tiene la disponibilidad jurídica del esclavo, pero no la obligación de manumitir. El sólo está obligado a entregar el esclavo al legatario fiduciario para que éste lleve a cabo la manumisión que le ha sido encomendada. En el segundo caso, la persona que se oculta tiene la disponibilidad jurídica del esclavo y la obligación de manumitir que ha contraído al adquirir de la persona sobre la que esta pesaba (fiduciario).

El trato diferente tiene, pues, su justificación.

En cuanto a la genuinidad, estimamos que el texto es substancialmente clásico.

En el § 1, hanc autem verba "edesse noluisse" non utique exigunt, ut latitet is cui libertatem praestare debetis non et si non latitet, contemnat autem venire, senatus consultum locum habebit, se nos muestra una aclaración que podríamos denominar de procedimiento en cuanto a la aplicación del SC. Rubricamos las palabras si no hubiera querido comparecer" (a las que haría mención el SC.) no significaban siempre - que se ocultase el que debía cumplir el fideicomiso de libertad, pues - aunque no se ocultara, si desdeñaba acudir a la llamada del pretor, se cumpliría el SC.

Impallomeni se preguntó cuáles fueron los medios para exigir el cumplimiento al obligado a hacerlo con capacidad para ello, pero que se resiste. Es posible, nos dice, que se proveyese para lograrlo multas et pignoris canonas, pero no sólo con tales sanciones que habrían sido también aplicadas al contumaz y al ausente. Contra el demandado presente debía subastir, además, concluyó, un posterior procedimiento que ignoramos (184).

(184) La mancipationi..., cit. pag. 68 y nota (43) págs. 68 y 69. Nos remite Impallomeni a H. Krüger, SZ 48 (1928) pag. 173. Respecto a los otros medios además de las multas y las pignoris canonas no creyó que fuese uno la prisión, ya que tal medio, si bien utilizado en la extraordinaria cognitio, para constreñir al demandado a estar presente en el juicio, no debió encontrar aplicación contra los gravados con un fideicomiso de libertad. Esto se deduce, concluyó, de D. 40.5.28.1, en donde se admite que el obligado a manumitir, permaneciendo en la ciudad y no siendo contumaz puede igualmente no acudir a juicio sin justificación.

Seguimos creyendo, en cuanto a la genuinidad, que este texto es substancialmente clásico.

En el § siguiente, D. 40.5.28, 2, Idem observatur etiam, si plures heredes constituti fideicommissam libertatem praestare rogati non iusta ex causa absentes moram libertati faciant, se siguen indicando casos en que el SC. Rubriano es de aplicación. Aquí nos dice Ulpiano que lo mismo se observa cuando varios herederos a los que se les ha encomendado - cumplir la manumisión fideicomisaria incurrer en mora por hallarse ausentes injustificadamente. La manumisión se llevaría a cabo como si hubiese sido concedida ex testamento y el esclavo resultaría orcino si el pretor convoca a los herederos fiduciarios obligados a la manumisión y éstos no comparecen por hallarse en ausencia injustificada. El régimen aplicable a un heredero o a un legatario se extiende aquí a una pluralidad de herederos.

El texto nos parece clásico.

El § 3 continúa el tratamiento cuando son varios los herederos a los que se encomienda el fideicomiso de libertad (Quorum si quodam iusta ex causa absentes promittitum fuerit, eorum, qui ex iusta causa absentes et eorum, qui praesentes fideicommissam libertatem moram non faciunt, perinde libertus erit atque si soli rogati ad iustam libertatem perduxissent), y se decreta que está justificada la ausencia de alguno de ellos. En este caso, el esclavo se hace liberto de los ausentes con causa justificada y de los que comparecen sin demorar la manumisión encomendada, como si solamente a los unos y a los otros se les hubiera encomendado el fideicomiso de libertad, y ellos le hubiesen cumplido.

En estos textos apreciamos la preocupación, además de la de lograr que la manumisión se lleve a cabo, de conseguir una correcta atribución del patronato. Patronos del esclavo beneficiado con un fideicomiso de libertad serán, pues, en el caso de varios herederos encomendados del cumplimiento:

- a) Si todos cumplen con el encargo sin incurrir en mora ni en ausencia injustificada, todos los herederos encomendados.

- b) Si algunos de los herederos encomendados están ausentes por causa justificada, la manumisión se llevará a cabo y éstos no perderán el derecho de patronato.
- c) Si del grupo de herederos encomendados unos acuden sin demora al llamamiento del pretor y otros están ausentes con causa justificada, ambas categorías disfrutarán del derecho de patronato.

El texto para nosotros es substancialmente clásico aún reconociendo las diversas versiones que en cuanto a absentes ex causa han aparecido en los diferentes manuscritos del Digesto (185)

Con cierta independencia con respecto al fragmento anterior, nos presentó Lenel D. 40.5.28,4: Si quis servum non hereditarium rogatus manumittere latitet, factum est senatus consultum Aemilio Iunco et Julio Severo consulibus in haec verba: (placere, si quis ex his, qui fideicommissam libertatem ex quacunque causa deberent servo, qui mortis tempore eius qui rogavit non fuerit, isque adesse negabitur, praetor cognoscat et, si in ea causa esse videbitur, ut si praesens esset, manumittere coram deberet, id ita esse pronuntiet; cumque ita pronuntiasset, idem iuris erit, quod esset, si ita, ut ex fideicommissa manumitti debuisset manumissus esset).

La separación efectuada por Lenel tiene su sentido, ya que en D. 40.5.28,4 se abandona el SC. Rubriano que nos había venido ocupando hasta ahora para pasar a examinar otro SC., el Junciano, nombre que tomó del cónsul Emilio Junco, que ejerció la magistratura junto con el cónsul Julio Severo (186).

(185) Vid. ed. Mommsen-Krüger, nota (18), pag. 669, y Pal. II, fragm. 1889.

(186) La fecha más probable es la del 127 p.C. Vid. argumentos a favor de esta fecha en Impallomeni, La manomissione pag. 236. En los fasti consulares de la edición del Corpus de Colonia, 1756, aparecen, sin embargo, como cónsules spórnimos en ese año Calio Titinio y Gallicano, sin hacer ninguna referencia a los cónsules sufectos ni a la aparición del SC.

Para el caso en que se oculte aquél a quien se ha encomendado la manumisión de un esclavo que no pertenece a la herencia se hizo un SC., - nos dice Ulpiano, siendo cónsules Emilio Junco y Julio Severo: "Acuerdan (los senadores, suponemos) que, en caso de que alguien deba manumitir por cualquier causa a un esclavo que no sea de la propiedad del que dejó el fideicomiso en el momento de morir éste, y se niegue a comparecer, entienda el pretor de este asunto, y si resulta que, de estar presente, se le podía obligar a manumitir, resuelva que así es en efecto y con ello el esclavo quede en la misma situación que si hubiese sido manumitido en virtud del fideicomiso.

La situación, en resumen, es como sigue:

- Se trata de un esclavo no hereditario, es decir, que no pertenece al causante en el momento de su muerte.
- El encargado de la manumisión se niega a comparecer (aquí nada se dice sobre las ausencias por causa justificada o no).
- Se da competencia al pretor para entender de este asunto, es decir, - para efectuar todos los trámites (convocatoria del fiduciario, conocimiento de la causa, resolución, etc.) que conduzcan, si en realidad es debida, a la manumisión del esclavo.
- En el SC. se aclara que la labor del pretor consistirá en averiguar - si estando presente el fiduciario encomendado se le podría obligar a manumitir y en caso afirmativo, que el esclavo quedase en la misma situación que si hubiese sido manumitido al debérsele en virtud del fideicomiso.

¿Quién será, nos preguntamos, patrono del esclavo así manumitido? Es una cuestión que no se resuelve en el texto y que suponemos que Ulpiano trataría de dejar bien aclarada: dada la preocupación que ha demostrado en otros supuestos por resolver esta cuestión (187).

(187) Impallomeni, *Le manumissioni...* cit., págs. 99-100 y nota (143), - sostuvo que el gravado conserva el *iura patronatus* al no hacer declaración el SC. sobre si la ausencia es o no justificada. Sostuvo

¿Cómo quedarían satisfechos los legítimos intereses del dueño del esclavo a manumitir? El pretor tendría que disponer los medios necesarios para que el dueño del esclavo no quedase defraudado.

En cuanto a la genuinidad del texto, Ferrini sostuvo, no sin razón, (188) que fue manipulado por los compiladores, pero no este párrafo en concreto, sino todo el fragmento, como tendremos ocasión de ver al tratar el 5 en el que se habla del SC. dasumiano sin hacer referencia expresa a él, lo que seguramente es debido, en opinión de Ferrini, a esta intervención compilatoria.

H. Krüger (189) también sospechó de ciertos aspectos del texto, pero en nuestra opinión sin la suficiente fuerza para convencer de la no substancial claridad del contenido del mismo.

Impallomeni señaló que debía añadirse un ut después de placere necesario para regir el periodo praetor cognoscat. (190).

(Continuación nota 187) también que conserva el patronato a todos los efectos hasta Antonino Pio, y ello por la imposibilidad de convertir en Orcino del disponente a un esclavo que en el momento de la muerte no le pertenecía. Nos remitió para fundamentar su opinión a D. 40.5.28,4, nuestro fragmento, en el que como hemos dicho no vemos clara esta atribución. También remite a D. 40.5.29, Paulo - 3 fideic. ya tratado por nosotros (vid. págs. - ). Seguimos sosteniendo lo que allí dijimos de la relación del texto con el SC. Iunciano, pero por ello podemos afirmar que esta relación se deduce claramente del texto que estamos analizando. Nos siguió diciendo Impallomeni que esta situación en orden al patronato se modificó en parte por un rescripto de Antonino Pio a Aurelio Baso recogido por Ulpiano 40 ab. Sab. D. 26.4.1,3. Este texto dice en lo que nos interesa: Plano tergiverastio eorum, qui subvertore - fideicommissa libertatem valint. eo modo ponitur, ne ius patroni adquirantur eo, quem liberum esse voluit. Suponemos por ello que Ulpiano en su monografía haría también referencia a este punto expresamente. Si no lo encontramos se puede deber, sin duda, a que ha sido suprimido por los comisionados justinianos.

(188) Ottaviano e la sue doctrine, en Opere II, pag. 135.

(189) Das Vorsühnungsverfahren... cit., en SZ 38 (1923) pag. 184 y ss.

(190) Lo manovisioni... cit., pag. 98 nota (139)

A continuación Lenel situó separadamente D. 40.5.28,5, como queriendo dotar a este texto de cierta independencia con respecto al anterior, independencia basada en que aquí Ulpiano se refirió al SC. Dasumiano, - mientras que en el § anterior lo hacía al Junciano (191). Lenel completó el fragmento con D. 40.5.30, pr., relacionado con el SC. Dasumiano.

D. 40.5.28,5, dice: Ex iusta causa abesse eos debet dicendum est, qui non habent iniustam causam absentias, cum sufficiat, quod non in fraudem libertatis abint, cum magis videantur ex iusta causa abesse: ostenditur non est necesse, ut rei publice causa abint, proinde si alibi domicilium quis habeat, alibi potatur fideicommissaria libertas, dicendum est non esse necesse evocari eos, qui fideicommissam libertatem debere dicuntur, quia etiam, absentes eo, si constituerit libertatem debere, promittuntur potest iusta de causa cum abesse, nec libertatem perdit: namque eos, qui apud eodem quis et domicilium suum sunt, nemo dubitabit ex iusta causa abesse (192).

Partiendo del SC. Dasumiano se aborda aquí el problema de cuando ha de considerarse justificada la ausencia. Debe decirse que están ausentes justificadamente los que no lo están por causa injusta, dice el texto, - siendo así que basta que no lo estén por defraudar la manumisión para - que se considere que están ausentes por causa justificada; pero no es - necesario, por lo demás, que estén ausentes en viaje oficial. Parece, - pues, que es suficiente para Ulpiano para considerar la ausencia justificada al que ésta no se deba al deseo de defraudar la manumisión, - parte del que debe manumitir y se ausenta.

Otro tema tratado es el de la no coincidencia entre domicilio y lugar donde se efectúa el requerimiento. Si uno tiene el domicilio en un sitio y se le reclama en otro la manumisión fideicomisaria, deberá decirse -

(191) Vid. en este sentido Pal., II, nota (1) col. 922 que hace referencia al frag. 1891 (D. 40.5.28,5). Lenel decía: Deficiunt verba Senatūs consulti Dasumiani. Vid. tb. Ferrini, op. y loc. cit. en nota (188)

(192) En cuanto a la fecha del SC. Dasumiano, vid. nota (33) pag. 354



que no es necesario citar a juicio al que se dice debe la libertad fidei comisaria, porque, aunque esté ausente, si consta que debe dar la libertad al esclavo, puede resolverse que está ausente por causa justificada y entonces el fiduciario no pierde el derecho de patronato sobre el liberto, ya que nadie puede dudar que están ausentes con justa causa los que están en su casa y domicilio.

Por lo tanto, la situación que vino a regular el SC. Dasumiano era la del obligado a manumitir qui abest iusta causa explicándonos lo que debe entenderse por iusta causa, llegando a la conclusión de que es suficiente la diferencia de domicilio del fiduciario obligado a la manumisión respecto al del esclavo para considerar primero en ausencia justificada, caracterizando negativamente lo que sea justa causa (están ausentes justificadamente los que no lo están por causa injusta (193)).

Sin embargo, en otro lugar ya estudiado por nosotros (194) Meciano, tratando de diferenciar cuando se aplicaba el SC. Rubriano del SC. Dasumiano, al que aportó causas positivas de justificación, no limitándose a señalar únicamente como determinante de la justificación de la causa el que el ausente no lo sea con la única intención de defraudar la manumisión que le ha sido encomendada.

El texto plantea otros problemas como el del libero competente (parece que apunta al del esclavo) sobre los que no podemos detenernos.

La genuinidad del texto fue cuestionada por Beseler y H. Krüger. (195) Como ya hemos reconocido, la intervención compilatoria es evidente, hasta el extremo de haber suprimido la mención expresa que debía hacerse al SC. Dasumiano. Que al lado de esta intervención manipuladora se produjeran otras de estilo, es también probable, como al que se glosase al

(193) Ad cfr. en este sentido Impallomeni, La manumissioni... cit. pag. 85.

(194) Vid. pag. 354 y ss., tratamiento de D. 40.5.36, pr.-1 y 2, Meciano 16 fideio.

(195) Beiträge..., 5, pag. 81, tratando de Absentia Das vorläufiger Inkraft... cit SZ 48 (1923) pag. 179 y nota (4).

go que nos resultase muy claro en la redacción originaria. Pero lo que mantenemos es la clásica substancialidad del contenido. Ulpiano, en su exposición sobre los diferentes SS, CC, que afectaban al fideicomiso de libertad, se detuvo aquí en el SC, Dasumiano y cuando según este SC, - se consideraba a una persona obligada a manumitir y las ausencias justificadas o injustificadas.

D. 40.5.30, pr., que como dijimos forma con el anterior un fragmento en la Palingenesia leneliana, dice: Qui quasi absentes quodam decretum Quisset interpositum ex iusta causa cum absens, is autem mortuus iam esset, imperator postea rescripit in heredem personam transferendum decretum, eodem loco ius sua esse, quasi hunc ipsam eadem causa - absens promittensset.

Sigue tratando este texto asuntos relacionados con la ausencia justificada y por lo tanto con el SC, Dasumiano, y hace referencia aquí - Ulpiano a un rescripto de Antonino Caracala (imperator postea), (196) afirmando que habiéndose decretado acerca de un ausente que lo era - con causa justificada, pero que ya hubiera muerto, resolvió por rescripto aquel emperador que el decreto debía transferirse al heredero - y que en ese caso tenía éste el mismo derecho que si se hubiera decretado a su respecto que se hallaba ausente por tal causa.

Analizó también Impallomeni (197) este texto en términos que consideramos ajustados, fijándose en que el pretor declarase ausente iusta causa a quien había muerto. En base al error en el decreto la liberación legal no podría verificarse en base al rescripto de Severo y Caracala recordada en D. 40.5.26,8 (198). Pero a esta situación puso remedio una ulterior constitución de Caracala (aquí recogida), por la que el decreto del pretor se entiende emanado directamente en relación con

(196) Impallomeni, Le manomissioni... cit. pag. 68 y 87, acudió entre otros a este texto al ocuparse del procedimiento seguido en estos casos hasta llegar a la libertad. Aquí se habla del decreto que declara que la ausencia es justificada, lo que nos hace pensar que cuando no lo fuese también se determinaría por decreto.

(197) Le manomissioni... cit. pag. 87.

(198) Vid. pag. 434-435.

los herederos del gravado con la manumisión fideicomisaria, como si fuesen ellos los ausentes iusta causa; el esclavo adquiere así la libertad desde el mismo día del decreto, sin necesidad de tener que conseguir otro decreto nuevo.

Es evidente también aquí, ya no solo el deseo de favorecer la libertad fideicomisaria, sino el facilitar y simplificar los trámites que puedan llevar a ella, que es lo que representa este rescripto de Caracalla transfiriendo, a los herederos del gravado con la manumisión fideicomisaria que ha fallecido, los efectos del decreto protorio que ex Damiano le declaraba ausente con causa justificada (199).

En nuestra opinión el texto es substancialmente clásico.

Lenel intercaló a continuación un fragmento formado por D. 40.5.30, 1-3.

El § 1, dice: Si infans sit inter eos, qui manumittere debent senatus censuit, cum unus actus impedierit, ut liberi liberaeque sint hi, quibus libertates ex causa fideicommissi praestari oportet (200).

Este texto se enfrenta con el problema de ser un infans uno de los encargados fideicomisariamente de manumitir a un esclavo. Dice Ulpiano que acordó el senado que si uno de los que debían manumitir era todavía infans, como no hay más impedimento que la menor edad de uno solo, se haga libre el esclavo al que se deba dar la libertad fideicomisaria.

La opinión más generalizada es que el SC. al que se refiere el texto es el SC. Damiano, del cual seguiría tratando Ulpiano ocupándose de estos problemas.

(199) Cfr. Impallomeni, De manumissioni..., cit. nota (80) pag. 245.

(200) Lenel Pal., II nota (2) col. 922, sostuvo que faltaban al final las palabras quibus senatus voluntas continebatur.

(201) Vid. nota anterior.

En cuanto a la genuinidad, aparte de lo ya señalado por Lenel (201) Impallomeni indicó algunas alteraciones (202) e integró después de inter ope, (heredes), y después de cum unius (heredis), precisando que Ulpiano, de acuerdo con la expresión del 8C. cum unius (heredis) actas impedierit, suponía la hipótesis de varios coherederos, uno de los cuales era infans, y que esto se demuestra ya por el § 2, en donde considera al infans único heredero, ya por el § 4, en donde interpreta extensivamente el texto legislativo (accommodabimus mentem senatus consulti) aplicándolo en general cuando el infans resulta gravado u obligado.

A nosotros nos parece que estas precisiones de Impallomeni que limitan la aplicación de esta norma senatorial sólo a los herederos testamentarios pudieran no haber caído en la mente de Ulpiano que se referiría en general al supuesto de que entre los que deben manumitir se encontrara un infans ya fuesen los encomendados coherederos, colegatarios, fideicomisarios, etc., sin que sus alusiones a lo que se afirma en los §§ 2 y 4 tengan fuerza suficiente para arrastrar esta limitación al § 1, porque tan sólo se habla de infans instituido heredero en el § 2 ya que el § 4 comienza diciendo quicumque legitur casus incidit quo is qui fari non potest. .. -y porque uno de los casos a los que se hace referencia no podría ser el infans, legatario o fideuciario- y posteriormente se refiere al infans heredero que recibió el encargo de manumitir.

En cuanto al § 2, puede hacer referencia concreta al infans instituido heredero por las especialidades que señalaremos:

D. 40.5.30,2, Hoc idem erit dicendum et si solus sit heres institutus qui fari non potest.

Esto es: la solución es la misma si sólo fue instituido heredero al que es infans. Si un infans es instituido heredero y se le encomienda un fideicomiso de libertad, se salvará el impedimento de la menor edad y el esclavo se hará libre manumitido por el menor.

(202) Le manomissioni... cit. pags. 89 y 90.

En un principio produce una cierta extrañeza lo que se afirma por Ulpiano en este texto. ¿No afecta la lex Aelia Sentia a los fiduciarios menores de veinte años? ¿Será este § 2 una interpolación?

Nosotros creemos que ni la lex Aelia Sentia afecta en este caso al fiduciario menor de veinte años, ni nos encontramos frente a una interpolación.

Hemos visto que en el § 1 el pretor, cuando uno de los fiduciarios (en el supuesto de que éstos fueran varios) fuese menor de veinte años, proveía lo necesario para la manumisión encomendada al colectivo del que el menor formaba parte. En este caso que estamos analizando también la intervención del pretor actuaría los medios necesarios para subsanar las dificultades que pudiera suponer la lex Aelia Sentia (203) dando así una muestra más de la corriente legislativa y jurisprudencial favoroccedera de las manumisiones fideicomisarias.

Podemos considerar así al SC. Damiano como uno de los varios SS.-CC. que regularon diversos problemas relativos a las libertades fideicomisarias, pero imbuido del espíritu del favor libertatis, que permitió a la jurisprudencia, en su aplicación, salvar los obstáculos que una estricta utilización del ius civile pudiera oponer a la realización de las manumisiones.

En el § 3 de este mismo fragmento 30 se dice: Si vero puerillus tutorum habet isque velit ad libertatem praestanda auctor esse, adeo non debet impedimento esse neque puerillo, ut libertas non habeat, neque libertati, ut divi fratres rescripserunt ex causa fideicommissi libertatem praestari debere auctori, quicquid atque si ab ipso puerillo tutor auctore manumissus esset.

En el texto se hace referencia a un rescripto de Marco Aurelio y Lucio Vero (divi fratres) que salió en defensa de los intereses de un

(203) Impallomeni, on Le manumissioni... cit. pag. 92 así lo vió, aunque limitado a la persona del menor heredero, y no legatario o fideicomisario, como entendemos nosotros.

pupilo a quien se había encomendado una manumisión, y también en favor del interés del esclavo a ser manumitido.

Si un pupilo, se dice, tiene, sí, un tutor, pero este no quiere dar su autoridad para que se efectúe la manumisión, no debe ser éste impedimento ni para que el pupilo tenga (el derecho de patronato) sobre los libertos, ni para que el esclavo alcance la libertad, conforme a lo dispuesto en el rescripto al que antes hacíamos referencia, que afirmaba que debía darse la libertad fideicomisaria al esclavo lo mismo que si el esclavo hubiese sido manumitido por el mismo pupilo con la autoridad del tutor.

Decíamos que el rescripto salía en defensa de los intereses del pupilo, puesto que con su aplicación éste no perdía el patronato sobre el esclavo o esclavos así manumitidos. Y en defensa de los intereses del esclavo, pues éste consigue la libertad a pesar de la oposición del tutor a prestar su autoritas a la manumisión.

Por tanto, también en este fragmento están representadas las dos tendencias que venimos señalando. Por un lado, la correcta atribución del patronato y por otro, la obtención de la libertad.

En nuestra opinión el texto es substancialmente clásico. Sin embargo, Beseler (204) sospechó de la parte comprendida desde adeo non debet, hasta neque libertatis ut. Creemos que no es de transcendencia la posible alteración señalada por Beseler y que sin ella el resultado sería el mismo, puesto que es una mera explicación. Evidentemente, aún faltando lo que Beseler consideró añadido, si el esclavo se consideraba manumitido por el mismo pupilo con la autoridad del pretor, el patronato le sería conferido también a él. Quizá por ello se podría admitir esta sospecha de Beseler, que lo único que confirmaría sería la falta de altura y agudeza jurídica del presunto interpolador.

En los §§ que van a continuación, Ulpiano siguió considerando las cuestiones que planteaba la existencia de un infans en las libertades fideicomisarias. Estos §§ son el 4, el 5, el 6 y, hasta cierto punto, el 7 y el 8. Veámoslos aialadamente.

D. 40.5.30.4, dice: Quicumque igitur casus inciderit quo is qui -  
fieri non potest fideicommissae libertatis subiectus est, accommodabi-  
mus mentem senatus consulti, quae etiam ad heredem infantem rogati -  
trahenda est.

Se efectúa aquí una interpretación extensiva del SC. Dasumiano al decir que sea cual fuere el caso, si es un infans el que debe la libertad fideicomisaria, el SC. Dasumiano debe extenderse también al infans que hereda del que fue encargado de la manumisión.

Creemos que el texto no plantea problemas. Es, como dijimos una extensión jurisprudencial de la aplicación del SC. Dasumiano. El infans heredero del obligado a manumitir fideicomisariamente podrá hacer uso de lo dispuesto en el SC. Dasumiano para el infans que está directamente obligado a efectuar la manumisión. Por lo tanto podrá llevar a cabo la manumisión a pesar de su edad, de la negativa de su tutor a prestar su auctoritas, etc.

El texto sigue en la dirección de las tendencias ya señaladas, y en nuestra opinión es substancialmente clásico.

El § 5 de D. 40.5.30, dice: Adeundus est autem etiam ex hac causa  
praetor, praesertim cum rescripto divi nri effectum est, ut, si qui-  
dam ex rogatis praesentes sunt, alii latitent, alii ex causa absint-  
intercedente infantis persona non omnium libertus efficiatur, sed tan-  
tum infantis et eorum qui ex iusta causa absunt, vel etiam praesentium.

Nos dice Ulpiano que también hay que acudir al pretor cuando, en virtud de un rescripto de Antonino Pio, habiendo entre los encargados de manumitir unos que están presentes, otros que se ocultan, y otros que están ausentes con causa justificada, hay también uno que es infans y el (esclavo manumitido) no se hace liberto de todos ellos, sino solo

del infans y de aquellos que están presentes o ausentes con causa justificada.

Nos trae a la memoria este texto otro que hemos visto recientemente (D. 40.5.28,3) (205), pero con un elemento nuevo: la inclusión del infans. Allí se distinguía entre los que estaban presentes y acudían a la llamada del pretor, los que estaban ausentes con una causa justificada, y los que estaban ausentes injustificadamente. En el texto que estamos analizando, a estas categorías se añade el infans, pero la solución a la que llega el jurista es la misma: se procede a la manumisión por los métodos empleados por el pretor, y el patronato del esclavo en cuestión se concede al infans, al fiduciario que está presente y al que está ausente con causa justificada, privando de él al ausente cuya ausencia no está justificada.

La presencia del infans en este grupo se debe a una constitución de Antonino Pio, lo que nos vuelve a demostrar el interés en las esferas de poder por regular convenientemente el tema de los fideicomisos, y en este caso en concreto parece que resolvió una cuestión controvertida - puesto que decidió que el patronato del esclavo en cuestión se repartiera enteramente entre presentes, infantes y ausentes con causa justificada, evitando así el absurdo que representaría el que en la parte que correspondiera al fiduciario que se ocultó o que estaba ausente sin causa de justificación pasase el esclavo a ser liberto Orcino (206).

El texto, en nuestra opinión, es substancialmente clásico, pero no podemos dejar de indicar que tanto Frese (207), como H. Krüger (208), sospecharon su manipulación en lo referido a los fiduciarios presentes.

(205) Vid. pag. 440

(206) Vid. Impallomeni, Le manomissioni..., cit. pag. 97. Para Impallomeni, nota (135), al infans deben equipararse los otros incapaces como el loco, el mudo, el sordo y el pupilo en general.

(207) Defensio, solutio, expromissio des unberufeneo Dritten, Studi Ferrini, 4, nota (233) pag. 450.

(208) Das versäumnisverfahren..., cit en SZ 48 (1928) pag. 172, nota - (6)



Frese, en concreto, señaló el apartado final, vel etiam praesentium. - Creemos, a pesar de todo, que el texto es clásico.

D. 40.5.30,6, en el que Ulpiano trataba del SC. Vitrasiano, dice así: Si plures heredes sunt instituti et inter eos qui dari non potest, sed non ipse rogatus sit servum manumittere, non oportere interdicere libertatem ob hoc, quod coheredibus suis vendere eum infans non possit; et extat quidem senatus consultum Vitrasianum, sed et divus Pius Casio Dextro rescripsit ita rem explicari, ut partes servorum, quibus per fideicommissum libertas data est, iusto pretio aestimentur atque ita servus ab his qui rogati sunt manumittatur, hi autem, qui eos manumiserunt pretiipone perinde fratribus et coheredibus suis obligati erunt, atque si ob eam rem ex iudicati causa cum his agi possit.

El supuesto examinado es como sigue: si han sido instituidos varios herederos y uno de ellos es infans pero no se le encargó manumitir a un esclavo, no debe impedirse la manumisión por la razón de que el infans no puede vender a sus coherederos (la cuota que le corresponde como coheredero del esclavo favorecido con la manumisión fideicomisaria).

Habida cuenta del SC. Vitrasiano (209), ya dispuso Antonino Pio en un rescripto a Casio Dextro que podía resolverse este caso de modo que las porciones hereditarias de los esclavos a los que se dejó la libertad

---

(209) No hay acuerdo sobre la fecha del SC. Vitrasiano. Una de las posibilidades es el año 122 p.C., siendo su proponente L. Vitrasio Flaminio cónsul en Junio de ese año con T. Julio Candido Capito. Vid. en este sentido, Impallomeni, Le manomissioni..., cit. pag. 235 notas (45) y (46); en esta última señala que no es pacífica la datación del Vitrasiano, puesto que H. Krüger, en SZ 48 (1928) pag. 190 (es el trabajo citado ya por nosotros Das veräußerungsverfahren que dedica al SC. Vitrasiano las págs. 189 y ss.) lo situó detrás del SC. Iunciano entre los años 127 y 150 p.C.; y esto porque Juliano le aplicó en D. 40.5.47,1, extraído del libro 42 de sus digesta, escrito alrededor del año 148 p.C. (nosotros recordamos aquí que la fecha de aparición de los Digesta Julianeos es también muy conflictiva). Impallomeni rechazó esta datación entre otras razones porque en su opinión el texto juliano hace referencia al SC. Iunciano y no al Vitrasiano. Voci, por su parte, en Diritto ereditario... cit. II, 2, pag. 419, lo situó alrededor del año 138 p.C.

fideicomisaria se estimaran en su justo precio, y entonces manumitieran a los esclavos quienes estuvieran obligados a hacerlo y quedaran estos obligados por la estimación frente a sus hermanos y coherederos, lo mismo que si se pudiera ejercitar contra ellos por esta causa la acción ejecutiva.

En resumen, podríamos decir que lo que el SC. Vitrasiano estableció es el traspaso legal de una cuota-parte del esclavo hereditario, de los coherederos infantes no gravados con la manumisión fideicomisaria del esclavo hereditario a los coherederos gravados con el fideicomiso de libertad. (210) Y aquí vemos la principal diferencia existente entre el SC. Vitrasiano y el SC. Dasumiano en lo referido a los infantes. El infans del SC. Dasumiano, coheredero o heredero único, colegatario o co-fideicomisario, recibe también del causante el encargo de manumitir, mientras que en el SC. Vitrasiano el infans coheredero de un esclavo, no ha recibido del causante el encargo de manumitir al esclavo, encargo que sí han recibido sus coherederos.

El SC. Vitrasiano y la constitución de Antonino Pio (211) lo que hicieron fue disipar las posibles trabas que pudieran oponerse a la manumisión al disponer que la cuota hereditaria del esclavo, perteneciente al infans, se valorase y se transmitiese ex lege a los coherederos obligados a manumitir, y a su vez, que estos últimos quedasen obligados frente al infans cedente lo mismo que si se pudiera ejercitar contra ellos una acción ejecutiva (212). El SC. junto con el rescripto que lo

(210) Cfr. Impallomeni, La manomissione..., cit. pag. 235

(211) Esta constitución, como tantas otras, tendría por finalidad la mejor aplicación de lo dispuesto en el SC. interpretando y aclarando su contenido.

(212) En este sentido, Voci, Diritto ereditario... cit. II, 2, pag. 420 nos dijo que a los herederos no gravados con la manumisión el precepto del pretor sobre el justo precio del esclavo les sirve de título ejecutivo para la realización del crédito frente a los coherederos gravados. Buckland, en The Roman Law... cit. pag. 616, nos dijo hablando del Vitrasiano, que la cuota de los heredes no rogatus pasaba automáticamente a los heredes rogatus, y en nota (12) se refirió a nuestro texto. En contra, H. Krüger, Das veräußerungsverfahren... SZ 48 (1928) pag. 189 y ss. en las que sostuvo que el SC. Vitrasiano no se refería al coheredero infans sino al coheredero en general.

aplicó, suponemos que obviarían las dificultades que antes de su aparición se plantearían cuando surgieran casos como el que vino a regular. Así, ¿quién traspasaría la cuota correspondiente al menor a los otros -coherederos? ¿el tutor? ¿tendría éste competencia para realizar esta -transmisión? etc.

El texto nos parece substancialmente clásico y por él nos han llegado noticias de este SC. Lo que en el pasaje comentado se dice, no creemos que haya sufrido excesivas manipulaciones, aunque Albertario (213) cuestionó el iusto pretio en la expresión iusto pretio sentimentum.

El § 7, dice: In Amicosi persona divus Pius rescripsit fideicommissum libertatem non impediri sub condicione scripti heredis. quem cumque tem mentis non esse affirmatur. igitur si constiterit ei recte datum per fideicommissum libertatem. decretum interponetur. quod id in eum compleretur. ad exemplum infantis.

Hace referencia Ulpiano en el texto a otro rescripto de Antonino Pio en el que se sigue aplicando extensivamente lo establecido en el SC. V<sup>o</sup> trasiano. En este caso es a la persona del loco. Dice Ulpiano: respecto al loco, dispuso en un rescripto Antonino Pio, que no debe ser obstáculo para la libertad fideicomisaria la situación del heredero instituido que se afirma que no está en su sano juicio. Por consiguiente, si consta que se ha dado la libertad fideicomisaria al esclavo tal como se debía, dará un decreto (tiene que referirse al pretor) que resuelva, como hace con el que es infans.

El régimen, pues, del Vitrasiano aplicable al infans, se extendió -por este rescripto al heredero loco gravado con la manumisión fideicomisaria (214).

(213) Iustum pretium e iusta sentimentio, en Studi III, pag. 412

(214) Impallomeni, en Le manumissioni... cit. pag. 92 y 93, no ve por -que esta extensión al loco por medio del rescripto de Antonino Pio no sea también de aplicación a los sup uestos regulados por el -C. Domusiano. No nos parece que le falte la razón. Una medida -que tendiese a favorecer la libertad no la imaginamos en esta época con carácter restrictivo, existiendo otras situaciones, las reguladas por el SC. Dasumiano, similares en muchos puntos a las reguladas por el Vitrasiano.

El texto creemos que es substancialmente clásico. Lenel (215) lo estimó glosado en el periodo sub condiciona scripti heredis.

En D. 40.5.30,8, Pro et in tuto et in surdo subveniatur, Siguió Ulpiano (y debemos suponer que no hizo más que recoger una tendencia expresada por la jurisprudencia clásica) extendiendo el régimen del SC. - Vitrasiano a los supuestos del sordo y el mudo.

No tenemos nada que decir con respecto a la genuinidad de este párrafo que consideramos substancialmente clásico.

Lenel situó a continuación un fragmento formado por D. 40.5.30, 9-14 que hace referencia a las reglas a aplicar cuando el fiduciario gravado muere sin herederos.

D. 40. 5.30,9, dice: Sed et si quis sine herede vel alio successore decesserit cui fideicommissam libertatem praestare debeat, adito praetore libertatem praestandam esse censuit senatus.

Si el que debía la libertad hubiera muerto sin dejar heredero u otro sucesor, acordó el senado que se diera la libertad fideicomisaria por medio del pretor.

¿A qué senadoconsulto hace referencia Ulpiano? ¿quién sería el patry no del esclavo así manumitido? son algunas de las cuestiones que nos sugiere este texto.

El SC. sabemos que procede de los tiempos de Adriano por lo que se nos dice en D. 40.5.5., Paulo 7 ad ed.: ... Immo, si sine successore heres decesserit, conservanda esse libertatem senatus Hadriani temporibus censuit, pero en cuanto a qué SC. sea este, las posiciones son encontradas (216).

(215) Pal., II, nota (1) col. 923.

(216) Un resumen de ellas nos ofreció Impallomeni, en La manomissione... cit. pags. 94 y 95.

H. Krüger (217) y Voci (218), le consideraron como una parte del SC. Dasumiano. Impallomeni (219) y Buckland (220), por el contrario, pensaron en un SC. específico del cual se desconoce el nombre.

Las razones expuestas por Impallomeni nos parecen más aceptables y - menos forzadas que las de Voci, siempre y cuando los compiladores no hubiesen manipulado el orden del texto que estamos examinando. Para Impallomeni Ulpiano en D. 40.5.30, dedicó a las normas del SC. Dasumiano entre el ausente y sobre el infans, el principium y los §§ 1 a 5; al SC. Vitrasiense, los §§ 6 a 8; y a las reglas sobre el obligado a manumitir muerto sin herederos los §§ 9 a 14. Según él, si estas también hubieran estado dispuestas en el SC. Dasumiano, sería necesario concluir que el jurista, sin razón, había despedazado la continuidad del tratamiento relativo a este SC. Este argumento nos parece convincente, frente al forzado de Voci basado en lo confuso de la dición del § 9 y los que le siguen.

Concluimos pues, a este respecto, que estamos con Impallomeni al considerarnos frente a un SC. autónomo, diferente a todos los vistos hasta ahora referidos por Ulpiano (221).

Libre el esclavo por medio de la intervención del pretor - que aplicó tal SC. innominado. ¿Quién será su patrono? La respuesta a este interrogante la veremos al tratar el § 12, que hace mención expresa a la cuestión.

Nosotros creemos que el texto es substancialmente clásico, y estamos de acuerdo con Loret-Lorini que además de confirmar su genuinidad (referida no solo al § 9, sino también a los que le siguen, hasta el § 12) -

(217) Das versäumnisverfahren... cit., en SZ 48 (1928) page. 179 y ss.

(218) Diritto creditario..., cit. II, 2 pag. 416, nota (55)

(219) loc. cit. nota (450)

(220) Roman law... cit. pag. 613

(221) En cuanto a la fecha de este innominado SC. debemos aceptar la - que nos propuso Impallomeni, esto es, entre los años 127 y 138 - p.C.

pensaba que también podía conciliarse con el derecho justinianeo, y que estos §§ demuestran un profundo respeto por la voluntad del testador. (222).

El § 10, dice: Sed et si unus heres se abstinerit, libertati fideicommissae per senatus consultum subventum est, tametsi non est sine herede, qui unus heredem habet licet abstinens se.

Ulpiano aplica también la solución establecida por este SC., es decir, la concesión de la libertad fideicomisaria por el pretor, cuando el heredero de propio derecho se ha abstenido de la herencia, puesto que, según el jurista, no quedaba sin heredero el que tiene uno de propio derecho por más que éste se abstenga de la herencia.

Referido también a ese SC. anónimo está el § 11: Idem dicendum et si minor viginti quinque annis adierit hereditatem eius, qui libertatem fideicommissam debeat, et in integrum sit restitutus abstinendi causa.

Lo mismo hay que decir cuando hubiera adido la herencia un menor de veinticinco años que debía cumplir el fideicomiso de libertad y luego hubiera obtenido la restitutio in integrum para poder abstenerse de la herencia.

También nos recuerda este supuesto a otro parecido ya estudiado por nosotros del jurista Aburnio Valente, D. 4.4.33, en el que la conclusión a la que llegaba el jurista era, a nuestro modo de ver, diferente, (223) si bien la diferencia puede explicarse por que a pesar de su aparente similitud, en el fondo, los supuestos contemplados por uno y otro jurista son distintos.

En D. 4. 4.33, se hablaba del ruego efectuado a un menor de veinticinco años para que manumitiera a un esclavo suyo que vale más de lo que

(222) La condizione del liberto orfino nella compilazione giustiniana, cit, en BILR, 34 (1925) pags. 41-42.

(223) Vid. pags. 413 - 415.

se le había dejado por el testamento, y había aceptado el legado. No debía obligarsele a conceder la libertad si estaba dispuesto a devolver el legado.

Las diferencias, pues, a pesar de la aparente similitud, son obvias:

- Valente hablaba de un menor legatario a quien se encomienda fideicomisariamente la manumisión de un esclavo de su propiedad de mayor valor que lo que recibe como legatario.
- Ulpiano se refería a un menor de veinticinco años, heredero de un heredero que había recibido el encargo de manumitir a un esclavo hereditario.

Las soluciones a las que se llega también son distintas:

- En el caso expuesto por Valente se permite la renuncia al legado y que no se lleve a cabo la manumisión fideicomisaria, como incluso admitió el propio Ulpiano en D. 40.2. 20. también examinado por nosotros en el lugar indicado anteriormente.
- En el caso expuesto por Ulpiano, aplicando nuestro SC, innominado, la manumisión se lleva a cabo a pesar de la renuncia del menor, y de esta manera no resultarán frustradas las legítimas esperanzas de libertad del esclavo, permitiendo también al menor renunciar a la herencia que había adido.

Pensamos que el texto es genuino, o que, en todo caso, si ha sufrido algún retoque éste no ha afectado en nada la substancialidad del mismo.

D. 40.5.3012, dico: Quarendus est autem, cuius libertus iste fuit ex constitutione enim servo libertas perinde competit, atque si ex testamento libertatem consecutus esset, erit igitur libertus ordinis, non -  
sine qui fideicommissam libertatem debeat.

En este texto nos respondió Ulpiano la pregunta que antes nos planteábamos sobre a quién correspondía el patronato del esclavo manumitido

de acuerdo con lo establecido en el SC. innominado. Invocando una constitución no precisada afirma que compete la libertad al esclavo como si se la hubiesen concedido en el testamento. Por lo tanto será un liberto de quien debía darle la libertad en virtud del fideicomiso.

Nos llama la atención que Ulpiano haga referencia a una constitución en virtud de la cual, además del SC., el esclavo se convierte en liberto del difunto disponente del fideicomiso de libertad. No dice de qué emperador era esa constitución, aunque Impallomeni (224) lanzó la hipótesis de que pueda pertenecer a los divi fratres Marco Aurelio y Lucio Vero, de quienes se recoge una constitución en el § siguiente. Podemos admitir como posible esta hipótesis de Impallomeni, pero estas ausencias nos hacen pensar en una intervención compilatoria que pretendiendo posiblemente evitar repeticiones produce dudas al hacer aparecer disposiciones sin una referencia que nos permita identificarlas.

A Buckland (225) también le extrañó que se hable de una constitución cuando de lo que se está tratando es de un SC. y pensó por ello en la manipulación del texto.

Loreti-Lorini (226) resumiendo sus conclusiones con respecto a D.40. 5.30, 9-12, sostuvo que el testador quería que el esclavo fuese libre, y eligió, de las dos manumisiones testamentarias, la fideicomisaria. - Cuando el heredero del testador muere antes de llevar a cabo la manumisión y su heredero es in integrum restitutus, es lógico que el esclavo se convierta en libertus testatoris y no de aquel que no le ha manumitido.

Nosotros consideramos que el texto es substancialmente genuino, aunque manifestemos nuestras sospechas sobre la manipulación reductora de que posiblemente fue objeto.

(224) Le manomissioni..., cit. nota (80) pag. 96 y págs. 245-246

(225) Roman law... cit. pag. 614, nota (9)

(226) La condizione del liberto orcinu..., cit. pag. 42



D. 40. 5.30,13, dice: Si alter sine successore decesserit, alter ex iusta causa abeat, extat rescriptum divorum Marci et Veri perinde dicendum cum ad libertatem perventurum, ac si ab eo qui sine successore decessit et ab eo qui ex iusta causa abesset ad libertatem ut oportuit - perductus esset.

La cuestión es la siguiente: Si uno (de los obligados a manumitir fideicomisariamente) hubiera muerto sin dejar sucesor y el otro estuviera ausente por causa justificada, se aplicaría el rescripto de Marco Aurelio y Lucio Vero, en el que se afirma que el esclavo debe hacerse libre lo mismo que si hubiera sido manumitido, como era debido, por el que murió sin dejar sucesor y por el que está ausente por causa justificada.

En este caso nos planteamos de nuevo la cuestión del patronato, que de nuevo es analizada por Impallomeni en profundidad. En su estudio, considerando el concurso entre gravado muerto sin herederos y gravado que cumple con la manumisión encomendada estima que había que superar una ulterior dificultad, ya que por una constitución ya examinada (la mencionada en el 12, el esclavo se convertía en liberto ordinario del disponente cuando el gravado moría sin herederos. Pero si se aplicase el principio contenido en la constitución de Antonino Pio (comentada en D. 40.5.30,5), el gravado que cumple y los otros a él equiparados adquirirían el patronato por entero, aprovechándose de la cuota del gravado muerto sin herederos. Por esta circunstancia un ulterior rescripto de Marco Aurelio y Lucio Vero (el que estamos comentando ahora) derogó la constitución precedente de Antonino Pio en lo que afectaba a este caso. El esclavo se convertía en liberto del gravado que cumplía y en ordinario del gravado muerto sin herederos. Y las ventajas de esta decisión resultan patentes pues ésta, como también señala Impallomeni, tiene efectos favorables para los eventuales qui del gravado muerto que se hayan abstenido, los cuales así mantienen igualmente el ius patronatus. (227)

(227) La manomissione..., cit. pag. 98 y nota (137). Extendió el mismo régimen Impallomeni cuando los concurrentes fuesen el muerto sin herederos, con presentes, infantes, etc.

De esta forma, en nuestra opinión, queda resuelto el problema de la correcta atribución del patronato, sin que haya base para pensar que las ideas de Ulpiano hayan sido tergiversadas.

En D. 40. 5.30,14, Ulpiano se expresó en los siguientes términos: Elegantius quaeri potest, cum heres sine successoribus decedit, utrum spectari debeat, donec certum sit heredes vel honorum possessores non existurum, an vero etiam dum incertum est (forte deliberante herede scripto) possit ad libertatem pervenire: et melius est expectari oportere, quod certum esse consuevit successorum non staturum.

Se preguntaba Ulpiano si cuando el heredero moría sin sucesor debía esperarse a que fuera seguro que no había heredero civil o pretorio, o si podría el esclavo alcanzar la libertad cuando todavía no había seguridad, por ejemplo, si estaba deliberando el heredero instituido. La conclusión a la que llegó, es que era mejor esperar hasta que se evidenciara la falta de sucesor.

Tal y como planteó Ulpiano la pregunta, por muy elegantemente que lo hiciera, no había otra respuesta en buena lógica que la que nos dió.

El esclavo podía invocar lo dispuesto en el SC, innominado solo cuando el gravado con su manumisión hubiese muerto sin herederos. En la duda de la existencia de éstos, lo normal sería esperar a que se resolviera la situación de incertidumbre, siempre que esta espera fuera de un tiempo prudencial. Además, se nos ocurre, podrían entrar en juego otras disposiciones en caso de que, por ejemplo, un posible heredero estuviera ausente, etc.

Creemos que no se puede cuestionar la genuinidad del texto.

D. 40.5.30, 15-17, es el fragmento final de la división hecha por L. en D. 40.5.30.

El § 15 dice: Imperator Antoninus rescripsit eum qui fideicommissa libertas debetur, sine libertate aliquid ex testamento heredis accipere posse.

Nos dice Ulpiano que el emperador Antonino (debemos suponer que se refiere a Antonino Caracala, su coetáneo, al no anteponer el *divus*) - dispuso en un rescripto que aquél al que se debe la libertad fideicomisaria puede recibir alguna cosa por el testamento del heredero, aun que éste no le de la libertad.

Caracala admitió, pues, la posibilidad de disponer un legado en fa- vor de quien tiene derecho a la libertad fideicomisaria, por parte del heredero gravado con la manumisión, aunque este heredero no de la li- bertad al esclavo.

La interpretación que nosotros damos al texto es la siguiente: el causante que ordena la libertad, ordena a la vez que el heredero en- tregue también algo al esclavo. El rescripto quizá quiso que el re- trazo en conceder la libertad no sirviera también para justificar la mora del heredero en entregar al esclavo lo ordenado por el causante. Por ello Caracala determinó la validez de este legado sin libertad. El esclavo podría aceptar el legado, una vez obtenida la libertad.

Tampoco creemos que este texto haya sido objeto de alteraciones - substanciales.

D. 40.5.30,16, dice: Divus etiam Marcus rescripsit fideicommissas libertates necne aetate necne condicione necne mora non praesentium tardiusve reddentium corrumpi aut in deteriores status perduc.

Se hace referencia a otro rescripto de Marco Aurelio por el que las libertas fideicomisarias no pueden quedar sin efecto, ni perjudicadas por razón de la menor edad, <sup>necne</sup> una condición <sup>por la</sup> mora de los que no las cumplen o tardan en hacerlo.

Marco Aurelio confirmó aquí el principio de oponibilidad erga omnes del fideicomiso de libertad, aunque Impallomeni sospechó que en este - supuesto probablemente la constitución regulaba un caso concreto que - desconocemos. (228).

---

(228) La manumissioni... cit. pag. 173

De todas formas, podemos contemplar esta constitución dentro de una serie de disposiciones que preconizaban la oponibilidad erga omnes del fideicomiso de libertad (229)

En nuestra opinión, esta oponibilidad erga omnes del fideicomiso de libertad, aparte de por estas constituciones se fue consiguiendo también por la labor de los senadoconsultos que hemos venido estudiando, evidenciándose que por la brecha abierta entre juristas y legisladores fue penetrando paulatinamente la tendencia favorecedora de las libertades fideicomisarias.

En cuanto a la elasticidad del texto no tenemos nada que objetar.

D. 40.5.30, 17, último de este largo fragmento, dice: Quamquam ex irritis codicillis libertates non debeantur. attamen si heres hoc codicillo ratas habuit et ex his cunctis praestitit et servos praestendat - fideicommissaria libertatis gratia in libertati morari voluit. ad iustas libertatem eos pervenire rescriptum imperatoris nostri et divi patris eius declarat.

Es decir, que aunque no se deban las libertades fideicomisarias encomendadas en un codicilo invalidado, sin embargo, si el heredero ratificó tal codicilo y cumplió algo de lo en él dispuesto y quiso que los esclavos se hicieran libres por cumplir la manumisión encomendada, declaró un rescripto de Septimio Severo y Caracala que los esclavos alcanzaron su libertad conforme a derecho.

El supuesto es claro. En un principio, las libertades encomendadas en un codicilo inválido no se debían. Hay un codicilo de esta naturaleza en el que junto con otras cosas se encomendaron unas libertades fideicomisarias. El heredero ratificó el codicilo al cumplir algunas de

(229) Recogidas por Impallomeni en pag. 247, nota (82), en donde señala, entre otras, unos principios no individualizados anteriores a Trajano (D. 40.5.24, 21, Ulp. 5 fideic); Adriano (ib. en D. 40.5.24, 21); Antonino Pio y Pertinax (en D. 40.5.12, 2 Mod. de manu) en donde la oponibilidad es frente al fisco; y Marco Aurelio, - en D. 40.5.30, 16, texto que estamos comentando.

las disposiciones en él contenidas, y permitió, por cumplir la voluntad que se expresaba en el mismo, que los esclavos se hicieran libres, - por el rescripto de Severo y Caracala recogido en el texto, esta manumisión se consideró conforme a derecho.

Nosotros creemos que el texto es genuino substancialmente, incluso - en la parte que han señalado como alterada los que no niegan su genuinidad substancial. Nos explicaremos: Lenel (230) mostró sus dudas sobre - si Ulpiano en vez de iusta libertatem no escribiría latina libertatem en el sentido de que los esclavos así liberados no adquirirían la ciudadanía romana, sino la latina. En la misma línea se manifestó Wlasak (231) y Albanese (232). Este último reconoce la genuinidad en substancia del texto, pero estima que iusta libertas se trata ciertamente, como vió la doctrina, de una interpolación justiniana en conformidad a la innovación dispuesta por Justiniano en C. 7.6. 1. Albertatio (233) sostuvo también la posibilidad de interpolación por la presencia del attamen.

Hacemos nuestros los argumentos de Impallomeni (234) y sostenemos la total genuinidad del texto. Quien ratifica, como en el caso que estamos examinando, los codicilos nulos, conoce la invalidez de lo que en ellos se contiene. Si los fideicomisos en el codicilo contenidos fuesen pecuniarios, su ejecución les haría irrepetibles. Otro tanto, en definitiva, debe ocurrir con la ejecución de los fideicomisos de libertad. Si se - lleva a cabo uno nulo, sabiendo que es nulo, es lo mismo que llevar a - cabo uno válido. Igual debe ser en los dos casos, conaluyó, la modalidad y los efectos de la ejecución.

Y por si pudiera decirse que no se niega la validez de la manumisión, sino al que esta conceda la ciudadanía a los esclavos beneficiados, nosotros acudimos al argumento del favor libertatis y al de que la voluntad del causante era que fuesen libres y ciudadanos.

(230) Pal., II, col. 924, nota (1)

(231) En Die prätorische Frelassungen, cit SZ 26 (1905) nota (2) pag. 378-379.

(232) La struttura della manumissio inter amicos, en Annali Palermo - 29 (1964) pag. 51 nota (46).

(233) Contributi alla critica del Digesto, en Studi VI, pag. 98 y ss.

(234) Le manmissioni... cit. pag. 112

Lenel cerró la reconstrucción del libro V de fideicommissaria liberatibus, con un fragmento que los compiladores no colocaron en la sede natural (D. 40.5.) sino en D. 35.1. (de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur), 92. Di ce así: Si qui legatum fuerit relictum iaque rogatus sit liberos suos emancipare, an eo ei debeat munusculum et retineo ne dixisse deficiat a petitione fideicommissi neque enim praestator fideicommissarius -  
non ad libertatem tunc ut servus. Paninianus quoque libro nono res-  
ponsorum scribere referebat non esse cogendum emancipare filios suos -  
arbitror tamen extra ordinem debere constitui eum qui admovit id quod  
sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, co-  
gendum emancipare neque enim debet circumveniri testantium voluntati  
sed deinde hoc accipiendum, quemadmodum si sub conditione liberorum -  
emancipandorum ei fuisset legatum vel ita relictum, ut eos emanciparet  
qui rei consecutus est, quod divus Severus rescripsit, nam cum quaedam  
mulier penitus suos heredes instituisset et ipsum filium coheredem fi-  
lius suis dedisset easque invicem substituisset rogassetque filium, ut  
filios emanciparet, non autem rogasset, ut hereditatem eis restitueret:  
ex auctoritate divi Severi emancipare eos compulsa est huius resti-  
tuere hereditatem, et adiectum est, ut, si tardius id faceret, quasi  
ex mora iuras praestaturus videri eum eum, qui moram faceret emanci-  
pationi, moram restitutioni fideicommissi esse facere.

En este fragmento se viene a tratar un problema conexo: el de un fideicomiso para que el legatario emancipe a sus hijos. Ulpiano da a entender una solución y luego se pasa a la contraria. Veremos sucintamente el contenido: se deja un legado a un padre con el ruego de emancipar a sus hijos (235) ¿se le deberá obligar a que lo haga? En un prin-

(235) La traducción castellana del Digesto de los profesores D'Ors, Herández-Tejero, etc. puede conducir a error, a nuestro entender, en esta parte del texto. Dicen: "Si se hubiera dejado a alguien un legado con la condición de emancipar..." Del texto latino no se puede extraer esta traducción, pues claramente habla de un ruego (fideicomiso) y no de una condición: Si qui legatum fuerit relictum iaque rogatus sit liberos suos emancipare... Es cierto que Ulpiano más adelante propuso como solución el que se considerase que se había hecho un legado con la condición de emancipar a sus hijos, pero es más cierto que los traductores dan solución al intrincado problema que se plantea, decidiendo desde el principio en su traducción, que se ha dejado un legado con la condición de emancipar.

cipio Ulpiano dijo que se carece de acción para poder reclamar (la emancipación) al pretor fideicomisario, y se apoyó en Papiniano 9 respon. (236) en el sentido de que no se debía obligar al padre a emancipar a sus hijos. Después de manifestar esto es cuando parece que Ulpiano cambió de parecer, opinando que debía obligarse en cognición extraordinaria a emancipar a sus hijos al que aceptó lo que se le dejó con ese ruego (237) pues no debe defraudarse la voluntad de los testadores. Y a la conclusión a la que llegó es que debe entenderse como si se hubiese hecho el legado con la condición de emancipar a sus hijos, o se le hubiese dejado algo para que los emancipara. Y con esta escalación, nos dijo Ulpiano, se mostraba de acuerdo un rescripto de Septimio Severo del cual nos describió el supuesto de hecho al que se aplicó.

Este es, en resumen, el contenido del texto.

Lo primero que nos llamó la atención es su ubicación en el Digesto. De todo lo que se ha conservado del libro V de fideicommissis ulpiano es el segundo fragmento que no se encuentra en el título 5º del libro 40 del Digesto. Es cierto que el contenido, tal y como nos ha llegado, hace solo una pequeña referencia a las libertades fideicomisarias y trata más directamente otros problemas.

En cuanto a su genuinidad, el texto ha sido fuertemente cuestionado. Un estudio profundo del mismo efectuó Di Salvo en su investigación sobre el legado modal (238) y allí nos expuso el estado de la cuestión en cuanto a las opiniones sobre las alteraciones que el texto haya podido tener (239). Otros romanistas, además de los citados por Di Salvo, -

(236) Vid. Pal. I, col. 927, frag. 628

(237) Di Salvo, El legado modal... cit. pag. 286 nota (206) dijo que - la expresión admonuit id ... emancipare debe entenderse en el sentido de que el que aceptó el legado conocía al por qué el testador había dispuesto el mismo, conocimiento que debía tener en el momento de aceptarlo.

(238) El legado modal... cit. págs. 285 y ss. También se refiere a el aunque sea incidentalmente en págs. 200 notas (344) y (346); 239 nota (56); 271 nota (157); 288 nota (213); 290 nota (220); 295 - nota (233) y (234); 314 nota (294) y 320, nota (317).

(239) Loc. cit. pag. 287-288 y notas (209 a 212).

que consideraron alterado el texto en lo relativo a la mención al praetor fideicommissarius, son H. Krüger (240) e Impallomeni (241).

Y con este texto concluyó Lanel la reconstrucción del libro V de fideicommissaria libertatibus de la monografía de fideicommissaria de Ulpiano.

A lo largo de su estudio hemos extraído unas impresiones similares a las sacadas con los juristas que le anteceden. También preocuparon a Ulpiano los temas sobre la correcta aplicación del patronato una vez obtenida la libertad por el esclavo beneficiario de un fideicomiso de libertad. Y se aprecia claramente en este jurista, también en los otros, pero quizás en Ulpiano más por ser de quien se han conservado más fragmentos, la tendencia legislativa y jurisprudencial en pro del favor libertatis, tendencia manifestada en numerosas disposiciones imperiales, senadoconsultos e interpretaciones extensivas de los juristas dirigidas a dar cumplimiento a la voluntad del disponente, intentando salvar los obstáculos que a estas manumisiones pudiera oponer una aplicación estricta del derecho vigente, o la conducta de los fiduciarios en contra de la voluntad del causante.

Ulpiano conocía la obra monográfica de los juristas anteriores y de su coetáneo Paulo. Con éste incluso, en nuestra opinión, discrepa (D. 40.5. 26,11, de Ulpiano, frente a D.40.5.27 de Paulo) en un supuesto en el que Paulo parece mostrarse más progresivo que Ulpiano. (242) También conoce la obra monográfica de Meciano, con la que, como ya hemos señalado, muestra coincidencias y discrepancias.

Trató en el libro sobre la capacidad de disponer fideicomisos de libertad y las obligaciones del gravado; de la protección de los intereses

(240) Das versammlungsverfahren... cit SZ 48 (1928) pag. 171-172

(241) La manomissioni... cit. pag. 65 nota (23)

(242) Vid. page. y ss.

(243) Vid. un amplio resumen del contenido de este libro V de Ulpiano, en Impallomeni, La manomissioni..., cit. nota (114) page. 255-256



del beneficiado, etc. (243) pero lo que tenemos que destacar es el tratamiento jurisprudencial que fundamentalmente por él nos ha llegado de los SC. relativos a las transmisiones fideicomisarias (Rubriano, Junciano, Dasumiano, Vitrasiano, etc.)

#### 4. 23. De fideicommissariis hereditatibus.

La importancia concedida a las herencias fideicomisarias se deduce; entre otras cosas, por el espacio que dedicaron los juristas autores de monografías, dentro de ellas, a este tema. Todos prestaron atención a las cuestiones que suscitaban, y de unos más ( 1 ) y de otros menos, nos han llegado en la compilación justiniana materiales suficientes para poder apreciar las corrientes de opinión que circulaban. En cuanto a las rúbricas que aparecen en la Palingenesia leneliana podemos decir que no se caracterizan por su homogeneidad como sucedía con los libros referidos a las libertades fideicomisarias sino que aquí los títulos, aún haciendo referencia a temas evidentemente relacionados con las herencias fideicomisarias, son más variados. ( 2 ) D. 36.1. ad SC. Trebellianum agrupa la mayoría de los fragmentos procedentes de esta parte de las monografías, pero también selecciona textos que no estaban en ellas pero que sin embargo se relacionan directa o indirectamente con el tema. ( 3 ) Encon-

( 1 ) Meciano, por ejemplo, según la reconstrucción leneliana, dedicó desde el libro IV al XII a de fideicommissariis hereditatibus; el XII a de stimulationibus praetoris ad fideicommissa pertinentibus, que en cierto modo está relacionado con lo anterior, y un fragmento del libro XIII, D. 36.1.75, claramente referido a un problema de herencia fideicomisaria. De los 16 libros de los que se componía la obra Quaestionum de fideicommissis, dedicar 9 a las herencias fideicomisarias, nos da idea de la importancia que el jurista concedió al tema, importancia que, evidentemente, respondería a los múltiples problemas que se apreciarían en la práctica. Es también de destacar el hecho de que los juristas autores de monografías no trataron de este tema en el resto de sus obras que se han conservado, rubricando Lenel nada más que parte de los libros XI y XVI de los Comentarios al Edicto de Paulo y Ulpiano de fideicommissaria hereditatis petitione.

( 2 ) Así en las monografías de Valente, Meciano y Pomponio aparece el título de fideicommissariis hereditatibus, mientras que en las de Gayo, Paulo y Ulpiano aparecen los títulos ad SC. Trebellianum, de SC. Pegasiano, ad SC. Pegasianum: ut heres adire cogatur, etc.

( 3 ) La composición del título 1º de D. 36; es como sigue:

A) Fragmentos que proceden de libros singulares sobre fideicomisos:

1. Ulp. libro 3º.	5. Mec. libro 6º
3. " " "	6. Ulp. " 4º.
4. " " 4º.	7. Mec. " 4º.

tramos también en el Digesto un título (el 6º del libro 5º) de fidei commissaria hereditatis petitione que, curiosamente no contiene ningún fragmento procedente de las monografías a pesar de la afinidad -

(Continuación nota )

8. Paul. libro 2º	65. Gayo libro 2º
9. Ulp. " 4º	66. Mec. " 4º
10. Gayo " 2º	67. " " 5º
11. Ulp. " 4º	68. Paul. " 2º
13. Ulp. " 4º	69. Val. " 3º
15. " " 4º	70. " " 4º
16. Paul. " 2º	71. Mec. " 8º
17. Ulp. " 4º	72. Pomp. " 2º
18. " " 2º	73. Mec. " 10º
42. Paul. " 2º	74. Pomp. " 4º
	75. Mec. " 13º

La mayoría de ellos corresponden a la masa papiniana.

B). Las restantes obras utilizadas para construir el título son las siguientes:

Celso,	<u>Dig.</u> (fr. 2 y 33)
Pap.,	<u>Quaest.</u> (fr. 12; 25 y 51 a 57)
"	<u>Resp.</u> (fr. 58, 59 y 60)
Herm.,	<u>Iuris epit.</u> (fr. 14)
Ulp.,	<u>ad Sab.</u> (fr. 19 y 21)
"	<u>disput.</u> (fr. 23)
"	<u>de off. proc.</u> (fr. 36)
"	<u>ad edic.</u> (fr. 38, 40 y 44)
Paul.,	<u>ad Sab.</u> (fr. 20)
"	<u>lib. sing. de SC.</u> (fr. 27)
"	<u>ad edic.</u> (fr. 37, 39, 41 y 43)
"	<u>resp.</u> (fr. 50 y 63)
"	<u>quaest.</u> (fr. 61 y 62)
"	<u>decreta</u> (fr. 76 y 83)
Pomp.,	<u>ad Sab.</u> (fr. 22)
"	<u>var. lect.</u> (fr. 49)
Iul.,	<u>Dig.</u> (fr. 24, 26 y 28)
Afric.,	<u>quaest.</u> (fr. 29)
Marcel.,	<u>Dig.</u> (fr. 46)
Marciano	<u>Inst.</u> (fr. 30, 31, 32 y 34)
"	<u>Resp.</u> (fr. 35)
Mod.,	<u>lib. sing. haerem.</u> (fr. 47)
Iav.,	<u>epist.</u> (fr. 48)
Scaev.	<u>resp.</u> (fr. 64)
"	<u>Dig.</u> (fr. 77, 79, 80 y 82)
"	<u>lib. sing. quaest. public.</u> (fr. 81)
	<u>ex libris incertis</u> , (fr. 45, 84 y 85)

C) Los fragmentos procedentes de las monografías que los compiladores situaron fuera de D. 36.1., son:

- D. 10.2. familiae erciscundae, 40 (Gayo 1.2º)
- D. 11.7. de religiosis et sumptibus... 45 (Mec. 1. 8º)
- D. 12.6. de condictione indebiti 62, (Mec. 1. 4º)
- D. 28.5. de heredibus instituendis, 87 (Mec. 1.7º)

de los temas tratados. ( 4 ) En las Instituciones de Justiniano se dedica un título a de fideicommissariis hereditatibus, I. 2.23, y en el Codex Justiniano otro ad SC. Trebellianum, C. 6.49 ( 5 ).

Todo lo expuesto prueba con claridad que los juristas se hicieron eco de los diversos problemas que en la práctica podían presentarse, y por la atención prestada al tema por los autores de monografías se pueden deducir que el fideicomiso de herencia fue algo muy vivo en el tiempo en el que se redactaron los libri singulares.

El poder público tampoco fue ajeno a la problemática suscitada por las herencias fideicomisarias, y de ello es prueba más que suficiente, aparte de algunas constituciones imperiales, los dos importantes senadoconsultos que trataron de regular con resultados más o menos positivos al gran cúmulo de cuestiones que le desarrollo de este instituto suscitaba en la práctica.

Los puntos que parecen haber atraído con mayor fuerza la atención de los juristas fueron los siguientes:

(Continuación nota 3 )

- D. 28.6. de vulgari et pupillari substitutione, 44 (Paul. 10 quest. cita a Mec.)
  - D. 29.4. si quis omissa causa testamenti..., 28 (Mec. 1. 4º)
  - D. 29.1. de testamento militis, 14 (Mec. 1. 4º)
  - D. 29.2. de adquirenda vel omittenda hered., 86, pr. (Pap. 6 resp. cita a Mec.)
  - D. 29.5. de SC. Silianiano, et Claudiano, 23 (Mec. 1. 13º)
  - D. 32. de legatis et fideicommissis III, 96 (Gayo 1. 2º)
  - D. 35.2. ad legem Falcidianam, 29 (Paul. 1. 2º); 30 (Mec. 1.8º); 31 (Pomp. 1. 2º) y 32 (Mec. 1. 9º)
  - D. 35.3. si cui plus. quam per legem Falc. 8 y 9 (Mec. 1s. - 10º y 12º)
  - D. 40.5. de fideic. libert. 42 (Mec. 1. 7º)
  - D. 46.3. de solutionibus et liberationibus, 104 (Mec. 1.8º)
  - D. 50.17. de diversis regulis..., 96 (Mec. 1.12º)
- ( 4 ) D. 5.6. está compuesto por tres fragmentos, el 1º y el 3º, de Ulpiano libro 16 ad edic. y el 2º de Paulo 20 ad edic.
- ( 5 ) El título de las Instituciones justinianicas sigue en la exposición fundamentalmente a Gayo II, 246-259.

- 1) La resistencia del heredero fiduciario a adir la herencia y los problemas relativos a la restitución de la misma al fideicomisario.
- 2) La correcta determinación de lo que en los textos a examinar se denomina cuarta Falcidia. ( 6 )
- 3) Los problemas relativos al traspaso de acciones entre heredero fiduciario y fideicomisario.
- 4) Descripción de los senadoconsultos Trebelliano y Pegasiano, contenido y efecto de la aplicación de los mismos.

Vémoslos detalladamente:

- 1) La resistencia del heredero fiduciario a adir la herencia y los problemas relativos a la restitución de la misma al fideicomisario.

En este supuesto son numerosos los textos que nos hablan de la constrictión que puede sufrir el fiduciario por parte del pretor a instancia del fideicomisario, para dar un fiel cumplimiento a la voluntad del causante, llegando a afirmarse en un texto de Meciano (D. 36.1.67,2) que incluso cuando el pretor causa cognita dispone que se restituya una herencia como en virtud de un fideicomiso, aunque haya habido error u otro tipo de influencia, se debe hacer efectiva la restitución. También nos dice Meciano (D. 36.1.5) que esta obligación de restituir al fideicomisario compete al fiduciario aunque este ostente gran dignidad y la herencia proceda de un gladiador o de una prostituta. Ulpiano, por su parte, matiza que solo puede ser compelido a restituir el fiduciario a quien se ha rogado que reg

- 
- ( 6 ) En realidad, cuarta Pegasiana o Trebellianica, pues como es sabido, al realizarse la unificación, en tiempos de Justiniano, de los regímenes de legados y fideicomisos, se extendió la denominación de cuarta Falcidia a lo que en los textos originales aparecía como cuarta Pegasiana o ex SC. Pegasiano. Los comisionados justinianos realizaron escrupulosamente esta tarea y no nos ha llegado ningún texto en la compilación en que aparezca la denominación de cuarta Pegasiana.

tituya la herencia, aclarando las distintas modalidades de realizar el encargo válidamente (D. 36.1.15: 7-8 y D. 36.1.17

Por lo general, los juristas procuran que se cumpla la voluntad - del causante en lo referente a la restitución tratando de salvar los obstáculos que a ello se opongan, sin olvidar tampoco el que el fiduciario no resulte perjudicado por esta labor de mediación que realiza. También se preocuparon de determinar con claridad qué persona - puede recibir la herencia restituida. Tal es el caso, por ejemplo, de Paulo (D. 36.1.68,1) cuando afirma que puede recibirla el procurador de un ausente, recogiendo en este punto la opinión de Juliano.

2) La correcta determinación de lo que en los textos se denomina cuarta Falcidia.

Aquí son también varios los juristas autores de monografías que - indicaron las pautas a seguir para una correcta deducción y atribución de la denominada por los compiladores cuarta Falcidia, ofreciendo donos Meciano (D. 35.2.30) un extenso fragmento en el que nos señala lo que se computará o no a la hora de efectuar el cálculo y las cosas que corren a cargo del heredero fiduciario o del fideicomisario.

3) Los problemas relativos al traspaso de acciones entre heredero fiduciario y fideicomisario.

También fueron objeto de un detallado estudio por la mayoría de - los juristas autores de monografías sobre los fideicomisos, intentando determinar qué acciones se transmiten al fideicomisario y cuáles no, contra quién se deben dirigir los acreedores según el estado en que se encuentre la herencia restituida y el lugar en donde debía ser demandado el fideicomisario, preguntándose Paulo (D. 36.1.68,4) si - debe ser demandado el fideicomisario en el lugar donde debía ser demandado el heredero, llegando a la conclusión de que el fideicomisario debe ser demandado en donde tenga su propio domicilio o en donde se halle la mayor parte de la herencia fideicomisaria restituida.

4) Descripción de los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano, contenido y efectos de la aplicación de los mismos.

La descripción de estos senadoconsultos la realizó Ulpiano en D. 36.1.1. , refiriéndonos los casos a los que eran aplicables y los efectos de su aplicación. Pero también los otros juristas, en sus opiniones doctrinales, la mayoría de las veces nos ofrecen aplicaciones de estos senadoconsultos y analizaron los problemas que suscitaron en su utilización práctica, problemas que iremos considerando en el momento en que nos enfrentemos con los textos en los que se plantean.

EL TRATAMIENTO DE LAS HERENCIAS FIDEICOMISARIAS EN CADA UNA DE LAS MONOGRAFÍAS.

A) Valente.

En la monografía de Valente son los libros III y IV los que tratan de estos temas, habiéndose conservado de cada uno de ellos un fragmento.

D. 36. 1.69 es el correspondiente al libro III, y su principium dice: Si postulante me suspectam hereditatem ex decreto praetoris adieris nec ego postea eam mihi restitui velim nec bonis me immisce-re. hoc fieri debet, ut (quod Octaviano non ineleganter videbatur) a praetore perinde actiones in me dentur, ac si hereditatem recepissam quod est iustius.

Valente nos expone el caso de un heredero fiduciario que se ve constreñido a adir una herencia sospechosa por decreto del pretor, instado éste por el fideicomisario, y una vez adida el fideicomisario no quiere que se le restituya ni ingerirse en el patrimonio hereditario.

Apoyándose Valente en Octaviano (7) dice que debe hacerse que el pretor dé las acciones contra el fideicomisario como si éste hubiera recibido la herencia.

Comenzamos a ver aquí la aplicación del senadoconsulto Pegasiano, en el sentido de que el fideicomisario puede instar al pretor ( 8 ) - para que constriña al heredero fiduciario a adir la herencia aunque éste la considere sospechosa, y también los efectos del senadoconsulto Trebeliano en cuanto al traspaso de las acciones que correspondiesen en pro y en contra del heredero al fideicomisario. Pero observamos por otra parte que se protege al heredero fiduciario contra la actitud poco clara adoptada por el fideicomisario que no quiere hacerse cargo de la herencia que a su instancia ha sido aceptada para serle restituida.

Voci ( 9 ) hizo ver que en este caso las opiniones no eran unánimes. Confrontó nuestro texto con otro de Marcelo (D. 36.1.46, pr.) - que en la parte que nos interesa dice: Postulante Sticho, qui eodem testamento libertatem et fideicommissam hereditatem acceperat, heres suspectam adiit, mox Stichus, antequam moram in recipienda hereditate faceret, decessit relicto herede Titio. Quaero, an in Titium, si nolit recipere fideicommissam hereditatem, actiones ex senatus consulto competant... ceterum existimo idem in herede eius constitutum, quod in illo constitutum est: cum enim recusaret, quam recusare non potuit is, cuius hereditatem suscepit? quod si forte ante hereditatis restitutionem sine herede decesserit libertus, perinde bona eius creditoribus hereditaria vendere permittendum est, ac si restituta hereditate decessit.

En nuestra opinión los supuestos comparados, aunque con algunas similitudes, no son equiparables, pues en el de Valente no se cuestiona para nada la muerte con o sin herederos del fideicomisario. Y

( 7 ) Todas las noticias que nos han llegado de Octaviano son por medio de las citas que de él hacen otros juristas (Paulo, Ulpiano, Pomponio, Marciano, Terencio Clemente) y en ninguna se menciona el libro o la obra de la que se ha extraído la cita. Por ello Lenel las agrupó sin indicarnos el nombre de la obra o las obras de procedencia. Vid. Pal., I, cols. 793-796.

( 8 ) Pretor que Bartossek, en II SC. Trebelliano, loc. cit. en nota (107) page. 67 defiende sea el pretor urbano, ya que en su opinión éste era el competente en materia de herencias. Nosotros creemos, sin embargo, que el pretor competente en estos casos es el pretor fideicomisario. Vid. Voci, Diritto ereditario, cit. II, 2, pag. 354.



en lo que son similares, es decir, el hecho de que el fideicomisario beneficiado con la herencia no recibe ésta, creemos que las soluciones coinciden. Valente dice que el pretor dará acciones como si el fideicomisario hubiera recibido la herencia. Marcelo se pregunta como va a recusar el heredero del fideicomisario la herencia que éste último no podía recusar; o lo que es lo mismo, si en vez de morir - se hubiese negado a recibir la herencia el pretor habría concedido - acciones como si la hubiera recibido, es decir, la solución propuesta por Valente. Hasta aquí, pues, coinciden los dos textos.

La solución propuesta por Marcelo y que se separa de la de Valente creemos que no es equiparable a la situación estudiada por éste. - Si el fideicomisario hubiera muerto sin dejar herederos antes de la restitución de la herencia, debe permitirse, dice Marcelo, la venta de sus bienes a los acreedores hereditarios lo mismo que si murió después de la restitución. ¿En qué se basa Voci para decirnos que Valente no habría llegado a la misma solución si en vez de plantearse la resistencia del fideicomisario a recibir la herencia hubiera contemplado la muerte de éste? Por ello, en nuestra opinión, los textos no son contradictorios. (10 ).

En cuanto a la genuinidad, Beseler ( 11) cuestionó hoc fieri debet (propone magis et) y el quod est iustius final. ( 12) No vemos - el por qué de las sospechas sobre el hoc fieri debet, y en lo referente al quod est iustius, esta llamada tan expresa a lo justo puede que ciertamente, tenga sabor bizantino, pero este añadido no se opone en nada al espíritu de lo que en el texto se dice, por lo que nosotros le consideramos substancialmente clásico (13 )

( 9 ) Diritto ereditario, II, 2, nota 91, pag. 362.

(10 ) En el mismo lugar afirma Voci que un texto de Meciano presupone claramente diferencias de opinión. Suponemos que se refiere a D. 36.1.66,2, si es éste, también creemos que se tratan de supuestos diferentes no equiparables al exuesto por Valente.

( 11 ) Romanistische Studien, cit., en T.J. 10 (1930) pag. 209.

( 12 ) Que también parece cuestionó Donatuti en Annali Perugia 33 (1921) pag. 396. Nuestra noticia procede del Index Intern.

D. 36.1.69,1, dice: Etiam eo tempore, quo creditorum fraudandorum consilium inieris, citra periculum interdicti fraudatorii hereditatem suspectam adibis et restitues mihi, quia et remoto fideicommissum liberum tibi fuerat nolenti adire hereditatem creditores tuos tali commodo fraudare, et ego nihil turpiter faciam recipiendo eam hereditatem, quam remota postulatione mea creditores compellere te ut adires non potuerint.

En este supuesto parece que el fiduciario tiene la intención de defraudar a sus acreedores y se dice que puede sin embargo adir una herencia sospechosa y restituirla al fideicomisario porque también sin el fideicomiso tendría libertad el fiduciario para defraudar a sus acreedores privándoles del incremento patrimonial de una herencia que no quiere adir, y el fideicomisario no hace nada malo recibiendo una herencia que sin su instancia los acreedores no podrían obligar a adir al heredero fiduciario.

Se acentúa aquí la intervención del heredero fiduciario como mero intermediario cuya misión es, cumpliendo la voluntad del causante, transmitir la herencia que recibe a las manos del fideicomisario.

Valente dice que no se debe temer al interdicto fraudatorio. Este parece que se concedía para que los acreedores adquiriesen la posesión de las cosas enajenadas por el deudor con la intención de defraudar-les (14).

Es evidente que el heredero podía, cuando la herencia no era fideicomisaria, repudiar la herencia sin que se considerase esto fraude a los acreedores. (15) Pero es también evidente que si el heredero

(13) Lenel, Pal. II, col. 1204, y en notas (12) y (13) pag. 575 - de la ed. del Corpus I.C. de Mommsen-Krueger señalan diferentes versiones del liber Florentinus en el non ego (et nego, et non ego), y en eam (eum)

(14) Cfr. Arias Ramos Derecho Romano, cit. 15 ed. 1979 pag. 655 - donde se alude al desacuerdo entre los comentaristas acerca de tales medidas (la otra solución que se propiciaba para los casos de fraus creditorum era la restitutio in integrum)

fiduciario hubiera adido voluntariamente la herencia, tendría derecho a retener la cuarta Fegaliana, y que al no hacerlo, en cierta medida, defrauda a sus acreedores. Y decimos en cierta medida porque aquí se trata de una herencia que se dice sospechosa, pero en tanto en cuanto esa adición voluntaria resultara beneficiosa para el fiduciario, resultarían defraudados los acreedores por la negativa del primero a realizar ese acto.

Solazzi ( 16 ) ostinó que el último período del texto, et ego non potuerint había sido objeto de manipulación por parte de los compiladores, pero no vemos el motivo aparte de lo reiterativa que resulta la afirmación para que Valente no pudiera realizarla. El mismo Solazzi ( 17 ), hablando de los medios de revocación y en concreto del interdictum fraudatorium opinó que en este texto se estudiaba el caso de que el heredero era constreñido por el pretor a restituir al fideicomisario la herencia que declaraba sospechosa, en cuya hipótesis perdía el derecho a retener la cuarta, y se afirma que no hay lugar al interdicto fraudatorio. El jurisconsulto no hace mención del otro remedio (la restitutio in integrum a la que nos hemos referido) contra el fraude, sigue diciendo, porque éste no habría suscitado ningún temor, ni siquiera vano, como sucede con el interdicto. Y esto por dos razones: 1) porque la restitución de la herencia entera sucede ex decreto praetoris y no por un gestum voluntario del fraudator, y 2) porque el fideicomisario podía ignorar el fraude cometido por el fiduciario hacia sus acreedores con el rechazo a adir la herencia o con . . . declararla injustamente sospechosa.

Y si el fideicomisario, como reconoce Solazzi, podía ignorar el fraude que el fiduciario cometía con sus acreedores, no vemos por

(15 ) El repudio de la herencia es uno de los actos que, según Solazzi, La revoca degli atti fraudolenti nel Diritto Romano, Napoli 1934, pags. 237-239, es libre de realizar el deudor, junto con el no cumplimiento de la condición de la cual depende la estipulación a su favor, renunciar al legado, y en general, rechazar las liberalidades que le fuesen ofrecidas.

(16 ) Loc. cit.

(17 ) Op. cit. nota (3), pag. 86.

qué le extraña la última parte del texto en la que el jurista pone - en boca del fideicomisario que él no hace nada malo con recibir una herencia que sin su instancia los acreedores no podían obligar a - adir al heredero fiduciario. Consideramos sin embargo que el texto - trata problemas que resultan marginales al fideicomiso de herencia. En lo que a nosotros concierne, quedará claro que el fideicomisario puede instar al pretor para que el fiduciario que tiene intención de - defraudar a sus acreedores adia la herencia y se la restituya ya que esta relación fideicomisaria en nada afecta, dado que uno de los actos que el deudor podía realizar en época clásica, sin que se le considere defraudador de los intereses de sus acreedores, era repudiar - una herencia, fuera esta fideicomisaria o no.

Beseler consideró que el texto estaba muy alterado por la glosa, - ofreciéndonos una reconstrucción que no creemos pueda ser aceptada después de lo que venimos manteniendo (18).

El § 2 dice: Sed et filius suus heres patri rogatus ait a patre - hereditatem mihi restituere. cum suorum creditorum fraudandorum consilium inisset, tanquam suspectam ex decreto praetoris restituerit - mihi. via fraudatorio interdicto locus erit. quia bona patris eius venditis nihil proprium creditores eius ex ea hereditate ferre potuerint: nisi forte proprii creditores filii audiri debeant. si postulant ut dimissis patris eius bona vendere sibi permittatur.

Es un supuesto en cierto modo similar al anterior. Se dice en el texto que si un hijo heres suus fue rogado por su padre para que restituyera la herencia a un fideicomisario, y al concebir ya la intención de defraudar a sus acreedores, la hubiera restituido como sospechosa obligado por el decreto del pretor, difícilmente tendrá lugar

(18) Romanistische Studien en R.H., 10 (1930) pag. 209, y Beiträge - 2, pag. 45. El texto quedaría así reconstruido: Etiam postquam creditores tui in bona tua missi sunt (—) recte - (citra periculum interdicti fraudatorii) oia (et) remoto fideicomisso libertum tibi fuisset non (—) adire hereditatem. (—). Como se ve, el texto queda reducidísimo.

el interdicto fraudatorio, porque si se vendiera el patrimonio de su padre los acreedores nada podrían sacar para sí de esa herencia fideicomisaria, a no ser que se quisieran atender a los acreedores propios del hijo una vez satisfechos los acreedores hereditarios.

Se plantea aquí el caso de un heres suus que se abstiene de adir una herencia fideicomisaria, pues tiene la intención de defraudar a sus acreedores, y solo lo hace obligado por el decreto del pretor - (a instancia, por supuesto, hay que suponer, del fideicomisario).

Solazzi (19) se planteó en principio, para luego descender al análisis de nuestro texto, el caso del heres suus que se abstiene de la adición, y afirmó que era un caso dudoso, pero no admitía ni si quiera aquí la revocación. No le preocupó la objeción de que el patrimonio aumenta ipso iure por efecto de la herencia, ni que el heredero, absteniéndose, ya no es que evite una adquisición sino que causa una pérdida en el caso de que la herencia fuese activa. Y acudió Solazzi al ejemplo del legado para demostrar la inutilidad de la objeción ya que tampoco para el legado era necesaria la aceptación, pero puesto que el beneficiario (con el legado) puede rechazarlo, la adquisición, en definitiva, depende de su voluntad. La existencia o no de la disminución, concluye, se admite en relación con el patrimonio que pertenezca con seguridad al deudor, y para el derecho pretorio la herencia no se considera efectivamente adquirida por el heres suus et necessarius, que puede hacer uso del beneficium abstinendi.

Y a ésta que Solazzi creía una solución lógica, es decir, que no comete fraude el suus que se abstiene, parece oponerse nuestro texto, ya que, en su opinión, Valente no excluye tajantemente la aplicación del interdicto fraudatorio cuando afirma vi fraudatorio interdicto locus erit; pero el motivo que alega no justifican sus existencia. Por ello estimó que el texto estaba alterado y reconstruyó la primera frase así: Sed et si (filius) suus heres (patri) rogatus (sit) a pretore... Más adelante propuso substituir el adverbio vi -

por non quedando la frase non fraudatorio interdicto locus erit. También consideró obra compilatoria el periodo final nisi forte — permittatur y propuso dar el siguiente significado a las palabras quia bonis patris eius venditis nihil proprium creditoribus eius ex ea hereditate ferre potuerint: -los acreedores del hijo no pueden lamentarse de que su deudor haya restituido por decreto del pretor la herencia que él juzga, sin que lo sea, sospechosa, (tacquam suspectam) (lo cual hace perder al heredero, y consecuentemente a ellos, la cuarta pegasiana), puesto que el hijo es libre de abstenerse, en cuyo caso los bienes hereditarios se venden en nombre del padre y los acreedores del heredero que se ha abstenido no tienen sobre ellos ningún derecho. -el motivo hecho valer en el § 2 no es, pues, substancialmente diferente del motivo aducido en el § 1. En éste, Valente había excluido la aplicación del interdicto al caso de la restitución de la herencia fideicomisaria porque el heredero, también remoto fideicomisso, habría podido no adir la herencia; en el (§ 2) le excluye invocando la misma razón, solo que en vez de decir simplemente que también remoto fideicomisso, el suus tiene la facultad de abstenerse, nos describe, lo que es lo mismo, el efecto que tiene para los acreedores su abstención.

Por otra parte, para Solazzi, lo mismo que el motivo, también la decisión del § 2 debe coincidir con la del § 1 (de otro modo los dos párrafos no estarían unidos mediante las conjunciones sed et), y, por ello, acordándose de que la utilización de vix ha sido del agrado en otras ocasiones de los compiladores, (20) fue propenso a creer que ese adverbio substituye al non del texto original. También afirmó, como ya dijimos, que no es clásica la proposición nisi forte — permittatur, basándose en que la forma en que está expresado es barroca y el pensamiento que en ella se contiene también.

Beseler (21) consideró también muy alterado el texto. Le reconstruyó así: Sed et <si> (ilius) suus heres (patri) rogatus (sit)

(20) En nota (2) pag. 241 nos indicó otros lugares en donde también se estima que la presencia del vix se debe a manos compilatorias.

restituere, cum (creditores eius in bona eius missi essent) (—) -  
tanquam — restituerit mihi. (praetor ratam habebit restitutionem  
nec) (vix) —propterea (i) (um) — potu (isse) (er)unt (—)

Las objeciones de Solazzi las encontramos en esta ocasión más -  
fundamentadas que en el párrafo anterior. Evidentemente, el nisi -  
forte tiene sabor compilatorio y también la afirmación que tras él  
sigue. En cuanto a la sustitución de vix por non, creemos que peca -  
de sutileza pues el vix en nuestra opinión, está muy cercano a la -  
negación, y en la forma coloquial en la que está expuesto todo el -  
fragmento -aspecto que no debemos descartar- creemos que es suficien-  
te. Valente trata de tranquilizar a los que le consultan y les dice  
que difícilmente se puede considerar aplicable al caso en cuestión -  
el interdicto fraudatorio. Podía haber negado con firmeza, pero en -  
el lenguaje coloquial a veces no se emplean expresiones tajantes. De  
todas las formas, no nos oponemos a la intervención compilatoria que  
así dejaría abierta la posibilidad de permitir la revocación de las  
omisiones y renuncia de adquisiciones en los casos de fraus credito-  
rum. (22).

En cuanto a las objeciones presentadas por Beseler, decimos de -  
nuevo que nos parecen exageradas. Coinciden en parte con las expre-  
sas por Solazzi, pero hay en ellas un mayor radicalismo.

El § 3º de D. 36.1.69, dice: Si donationis causa suspectam heredi-  
tatem sibi heres dixerit et restituerit ei, qui solidum capere non -  
poterat, auferetur ei id quod capere non potest, idem dicendum est  
et si citra consilium donandi fiduciarius heres id fecerit.

En este texto se abandonan ya los problemas que hasta ahora venía  
tratando Valente de la concurrencia de un fideicomiso de herencia con  
un fiduciario que quería defraudar a sus acreedores. Se contempla el

(21) En Romanistische Studien, cit., pag. 209, y Beiträge..., 2, pag. 45.

(22) Vid. Solazzi, op. cit., nota 3, pag. 241.

caso de que si un heredero que había declarado que la herencia era - para él sospechosa, y, queriendo hacer una donación la había restituido al que estaba legalmente impedido para recibirla por entero, se - le quitaba a éste lo que no había podido recibir. Lo mismo debe decirse, concluye el texto, si el fiduciario lo hubiera hecho sin ánimo de donar.

Beseler (23) consideró que el texto estaba alterado y que le había sido añadido donationis causa y el periodo final idem — fecerit. En este caso su sospecha nos parece razonable. Lo relativo a la donación tiene la apariencia de algo añadido para extender el tratamiento que daba el jurista al problema planteado al caso de la donación. Y un añadido ciertamente forzado, pues el jurista, en la realidad, - trataría de los fideicomisos. Y, razonablemente, diría que en el caso de que un heredero fiduciario que declara la herencia sospechosa la hubiera restituido al que legalmente estaba impedido a recibirla por entero (es decir, el causante encomendó a su heredero que restituyera parte de la herencia al fideicomisario; el fiduciario efectúa la adición -no se nos informa si voluntaria o forzadamente- y restituye no la parte que le indicó el causante, sino la totalidad de la herencia, pensamos que para eludir los problemas que pudiera plantearse lo que para él constituye una herencia sospechosa), se quita a éste lo que no puede recibir (y es de suponer que quedaría en manos - del heredero fiduciario). En el periodo final se dice que lo mismo - sucede si el fiduciario lo hubiese hecho sin ánimo de donar, lo cual nos hace confirmar nuestra apreciación de que es un argumento forzado. ¿Cómo, si no es como donación, se puede entender la entrega que hace el fiduciario de la parte que le corresponde? La intención, como señalábamos, podría ser la de eludir los problemas que la herencia que considera sospechosa le acarreasen, pero la materialización de esa intención no podríamos separarla de un negocio donationis causa. Por ello creemos que el manipulador del texto carecía de la - finura jurídica suficiente para darse cuenta que su intervención era innecesaria por reiterativa. Bartosek (24) también consideró el —

(23) Romanistische Studien, en R.H. 10 (1930) pag. 209; Beiträge.., 2, pag. 45.

(24) Loc. cit., pag. 335



texto alterado en este sentido afirmando que sin las palabras donatio nis causa el significado del texto también era obvio.

Admitimos pues la alteración, pero no creemos que la misma afecte a la substancia de lo que Valente nos exponía.

En cuanto al engarce de este texto con los anteriores lo encontramos en que en todos se trata de una herencia fideicomisaria que el fiduciario ha declarado sospechosa.

El fragmento que se ha conservado del libro IV de Valente (de fideicommissariis hereditatibus, II) es el que los compiladores situaron en D. 36.1. 70, cuyo principium dice: Si heres, ab eo qui cum moreretur solvendo non fuit rogatus hereditatem restituere, suspectam tibi cecit, dubium non est, quin hodie coactus ex Treballiano senatus consulto restituere possit, sed et si sua sponte adierit, ex eodem senatus consulto restitutus est, quoniam, cum summa aut certum corpus per fideicommissum ab eo qui solvendo non fuit datum est, perinde non debeat utque si legatum esset: eo enim casu legatarii, - superiore heredis vice fungi eum, cui fideicommissum relictum est.

Sigue tratando Valente problemas relativos a herencias fideicomisarias que el heredero fiduciario declara sospechosas. Se dice en el texto que si el heredero declara ser sospechosa para él la herencia cuya restitución rogó un testador que murió insolvente, no hay duda de que puede, en estos tiempos, obligado por el SC. Trebelliano restituir la herencia; pero si la hubiera adido voluntariamente, deberá restituir por el mismo SC., aunque cuando un insolvente deja un fideicomiso de una suma de dinero o de un objeto determinado, no se debe más que si lo hubiera hecho por legado; en este caso el fideicomisario hace las veces de un legatario, pero en el caso anterior hace las veces de un heredero.

Creemos que el contenido del texto es completamente genuino, (25) aunque Lenel (26) pensaba que en donde se hace referencia al SC. - Trebelliano se diría en el texto original SC. Pegasiano y que el ex eodem posterior haría referencia al SC. Trebelliano, corrección que

admitimos teniendo en cuenta la unificación de regímenes llevada a cabo por Justiniano y las correcciones que acarree en la compilación.

Beseler, (27) por su parte, sostuvo la interpolación de hodie, afirmando que esta palabra era típicamente justinianeas. Albertario (28) en esta ocasión mantuvo una postura más moderada demostrando la existencia de fragmentos en los que aparece hodie sin que sea debido a intervención compilatoria. Distinguió los fragmentos en que junto al hodie aparece mencionada la fuente innovadora, en cuyo caso nos encontramos ante un texto genuino, y los fragmentos en que junto al hodie no aparece esta mención que serían los manipulados.

En nuestro texto aparece claramente mencionada esta fuente innovadora (el SC. Pegasiano y el SC. Trebeliano) que hace afirmar a Valente que en sus tiempos no se puede dudar de la solución que propone precisamente por la innovación llevada a cabo.

Suscribimos, pues, esta opinión de Albertario y mantenemos la substancial elasticidad de lo que en el texto se afirma.

En el § 1 se dice: Si totam hereditatem rogatus restituere tu sponte adieris et sine deductione quartae partis restitueris, difficile quidem crederis per ignorantiam magis, non explendi fideicommissi causa hoc fecisse: sed si probaveris per errorem te quartam non retinuisse, reciperare eam poteris.

El problema planteado es que si habiéndose rogado al heredero fiduciario restituir una herencia entera, éste la hubiera adido voluntariamente y la hubiera restituido sin deducir la cuarta (que le concedía el SC. Pegasiano), será difícil creer que el fiduciario lo hi-

(25) Así también lo consideró Bartossek, loc. cit. pag. 335.

(26) Pal., II, notas (1) y (2), col. 1205. En el mismo sentido se señala en el Index Interpolationum a Quiacio, Opera Omnia, 10, 495.

(27) Beitrage... 1, pag. 103; 2, pag. 105.

(28) Hodie, en Studi VI, pag. 128-129; y Recensión a Beitrage ..., 2, Beseler, en Studi VI, pag. 542

zo por ignorancia y no para cumplir plenamente el fideicomiso; pero si llega a probar que dejó de retener la cuarta por error, podrá recuperarla. Valente sería de la opinión de que el fiduciario no podría reclamar -suponemos que utilizando la condictio indebiti- la restitución de la cuarta que le correspondía deducir por haber adido voluntariamente la herencia y que entregó indebidamente al fideicomisario, a no ser que lograra probar que esa entrega indebida se produjo por error. (29).

El asunto de fondo es el del pago del fideicomiso ultra quartam - (30) que está relacionado con otro mucho más complejo y general que es el de la condictio indebiti y el problema de la repetición o no de lo pagado indebidamente por error con sus derivaciones en la consideración de si éste error es de derecho o de hecho, lo que para algunos autores sería determinante de efectos diferentes.

La cuestión, pues, es muy debatida (31). Y nuestro texto es uno de los que se encuentra en el centro de la discusión.

(29) En este sentido vid. Bartosch, loc. cit. pag. 315.

(30) Vid. Bonifacio, Ricerche sulla lex Falcidia de legatis, Napoli 1948, que dedica el capítulo 3º al pago de los legados y fideicomisos ultra quartam.

(31) Bonifacio, enop. cit. nota (1) pag. 63-64 nos muestra el estado de la cuestión: Vasalli, Iuris et facti ignorantia, Studi Senesi 30 (1914) pags. 27 y ss. Tb. en Studi Giuridici, III, 1 pag. 425-470, y Voci, L'errore nel diritto Romano, Milán - 1937, llegaron a la conclusión de que los clásicos admitieron la condictio siempre que hubiera error, sin ninguna distinción. La tesis contraria la sostuvo Solazzi, L'errore nella condictio indebiti, Scritti, IV, pags. 99-164, negando que el error fuese en derecho clásico presupuesto de la condictio indebiti exceptuando los supuestos de fideicomiso. Esta postura fue contestada por varios autores entre los que destacamos al ya citado Voci, In tema de errore, S.D.H.I. 8, (1942) pags. 83-112, y a Biondi, Successione testamentaria..., cit. nota (6) pag. 384.- A las críticas que se le oponían contestó Solazzi, Ancora dell'errore nella condictio indebiti, Scritti IV, pags. 405-447, - precisando su postura. Bonifacio se muestra de acuerdo con Solazzi en su tesis central, pero no acepta algunas conclusiones particulares como la repetibilidad del legatum per damnationem totalmente indebido y la relevancia del error en el pago del fideicomiso ultra quartam.

Para Bartossek (32) per ignorantiam magis no es genuino ya que -  
En ese contexto ignorantiam no puede significar ignorancia de hecho.

Vasalli (33) sostuvo que el texto estaba interpolado desde difficile hasta el fin.

Voci, (34) sin embargo, consideró solamente interpolado desde -  
difficile hasta sed inclusive, reconstruyendo: ... restitueris: si -  
probaveris per errorem te quartam non retinuisse, y explicó con ca-  
rácter general (35) que los motivos por los cuales el heredero res-  
tituye íntegramente la herencia, son dos: -o el cumplimiento íntegro  
es debido a un error que pudo ser de hecho o de derecho. Si es de re-  
cho, dice Voci, no legitima la repetición; un error de hecho no es -  
frecuente en materia de fideicomiso universal, pero se puede pensar  
en un error de cálculo en el cómputo de la cuarta.

Bonifacio sostuvo el principio de la irrepetibilidad, en todo -  
caso, de lo que se haya pagado ultra quartam en un fideicomiso uni-  
versal por las pocas probabilidades de que el heredero cayera en un  
error ya que, dice, debe excluirse todo error de hecho sobre la sub-  
stancia de la herencia desde el momento que quien restituye toda la -  
herencia sabe que no le queda nada; por otra parte, esto supondría -  
un mayor respeto a la voluntad del difunto que había querido que el  
heredero fuese simplemente un puente de paso entre sí mismo y el be-  
neficiario del fideicomiso universal. Basada en estas razones, la ju

(32) op. cit. pag. 335.

(33) op. cit., nota (2) pag. 42, citado por Bonifacio.

(34) L'errore nel diritto romano cit. pag. 140.

(35) Diritto ereditario, cit., II, 2, pag. 140. Se preguntó Voci -  
con que medios podía actuar el fiduciario para obtener la rep-  
tición de la cuota indebidamente entregada para concluir que -  
no existía en el ius civile un medio único. Señaló como posi-  
bles la vindicatio partis incertae, adventencia a los deudores  
para no pagar, etc. La comitio extraordinaria a la que se -  
confió la jurisdicción en materia de fideicomisos sostiene Vo-  
ci que ofrecería un medio único de repetición que en substan-  
cia correspondería a una restitutio in integrum.

risprudencia, concluye, negó al heredero que había satisfecho plenamente la voluntad del causante sin retener la cuarta, la facultad de repetirla (36). Atendiendo a esto, consideró Bonifacio que todo el texto estaba manipulado y que la primera frase, seguramente genuina, demostraba que la regla de que el fideicomiso universal pagado ultra quartam no se puede repetir, valía siempre, y que era irrelevante el que el fiduciario supiera o no que podía retener la cuarta. En conclusión, excluye para el derecho clásico la repetición de la cuarta cuando se haya restituido toda la herencia, excluyendo también, por supuesto, que el heredero pudiese alegar un error. (37).

Dulceit (38) señaló que el texto podría ser una paráfrasis sospechando de difficile crederis y de hoc fecisse. También apuntó que sería imposible demostrar la prueba del error en el pago de un fideicomiso universal, por lo que la restitución debe entenderse hecha conscientemente.

Solazzi (39) no se mostró de acuerdo con esta postura de Dulceit. Admitió como cierto que quien restituye la herencia entera no puede alegar haberse equivocado en el cálculo de la parte a restituir; pero podría afirmar haber ignorado el derecho a la deducción de la cuarta, y también el error de derecho, sostiene, excluyendo la voluntad de cumplir fielmente la disposición testamentaria. Y por esto Solazzi no tiene seguridad de que negase Valente al heredero el derecho a la repetición, y que la decisión sed — potius sea postclásica. Propone para ello un ejemplo de reconstrucción. Valente, en su opinión, hubiera podido escribir: ... et si no deductione quartae partis per errorem restitueris, recipere eam potius, alegando contra la reconstrucción ofrecida por Voci el que no tiene en consideración que es un método bizantino subordinar la aplicación de la norma a la prueba de la existencia, antes que a la existencia de ciertos presupuestos.

(36) op. cit. pag. 75-76

(37) op. cit. pag. 86.

(38) Voluntas und fides im Vermächtnisrech., en Festschrift Paul - Koschaker, 2, 1939, pag. 337 y nota (74).

Mantiene Solazzi la manipulación del texto, pero en la parte comprendida entre difficile y retinuisse. En cuanto a que después de esto el texto originario dijese ya reciperare eam poteris o repeteris - eam non poteris, es, a su modo de ver, un punto que hay que dejar en suspenso hasta que no sea establecido si Valente en el caso suponía la ignorancia o el conocimiento por parte del fiduciario de que lo que entregaba era indebido.

Frente a Solazzi objeta Bonifacio (40) que si el error hubiera permitido la repetición de la cuarta, Valente debía haberlo mencionado cuando nos describió la hipótesis si totam hereditatem, como hace Solazzi en su reconstrucción, pero entonces no se explicaría por qué Justiniano eliminó esa referencia.

En nuestra opinión algunas de las posturas expuestas son muy poco flexibles. Cuando afirma Bonifacio que no se podía repetir el fideicomiso universal pagado ultra quantum y que esta regla "valeva siempre" no puede por menos que recordarnos la disposición de la Ley de Citas que ordenaba que las Sententiae de Paulo semper valere con las oscuridades a la hora de la interpretación que acarrea.

Creemos que Valente pudo perfectamente contemplar el supuesto de un error de hecho por parte del heredero fiduciario. En qué consista ese error no nos aventuramos a decirlo pero la realidad es lo suficientemente rica para ofrecernos ejemplos a nosotros y a los juristas romanos, y por ello no es de extrañar que Valente, sensibilizado por el problema, ofreciera una solución.

En cuanto a nuestra postura con respecto a las opiniones aquí expuestas, nos parece razonable la mantenida por Voci en relación con la posibilidad de un error de hecho, e incluso también, aunque parezca contradictorio, aceptamos la mantenida por Solazzi referente a la

(39) L'errore nella conditio indebiti, loc. cit. pags. 132-133, - nota (122).

(40) op. cit. pag. 82.

admisión, en el campo de los fideicomisos -en el cual, no debemos olvidar, se introdujeron importantes modificaciones en el régimen general (41),- de que el heredero fiduciario podía repetir la cuarta cuando había incurrido en un error de derecho, porque este también excluye la voluntad de cumplir fielmente la disposición testamentaria. (42).

Finalizado el análisis de los restos de los libros que Valente dedicó a las herencias fideicomisarias podemos comprobar que en gran parte de ellos el jurista centró su atención en la resistencia que podía hacer el fiduciario ante una herencia que él declaraba sospechosa y los medios para vencer esa resistencia de tal modo que afectase la adición y la restitución de la misma al fideicomisario. (D. 36.1.69). También trató de la posible resistencia del fideicomisario a recibir la herencia que el fiduciario declaró sospechosa pero que, sin embargo, a instancias suya adió.

Abordó finalmente Valente el problema de la restitución por error de la herencia ultra quartam (D. 36.1.70.1), texto que ha planteado múltiples complicaciones a los intérpretes modernos pero en el que a nuestro modo de ver se puede encontrar una tendencia favorable a la repetición de lo entregado de más, sin que esto pueda suponer un menosprecio a la voluntas del causante que encomienda la restitución.

#### B) Meciano.

Comienza la reconstrucción del libro IV de Meciano, De fideicommissariis hereditatibus I, con D. 12.6.62: Fideicommissum in stipula-

(41) Vid. en este sentido Gayo II, 283: Item quod quisque ex fideicomisso plus debito per errorem solverit, repetere potest, at id, quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest...

(42) Consideremos, sin embargo, que el tema requiere más atención de la que podemos prestarle aquí. Sería necesario comparar nuestro texto con otros convenientemente criticados, p.e. D. 22.6.9, 5 y 6; D. 24.1.5; C. 4.50.9, etc., y estudiar el tratamiento del error por los juristas clásicos en otros campos del derecho. Pero al no ser este el objeto de nuestro trabajo creemos que es suficiente con esta aproximación y este resumen del estado de la cuestión.

tione deductum tametsi non dubitum fuisset, quia tamen a sciente fidei exsolendae causa promissum esset, debetur.

El título 6º de D. 12 aparece con la rúbrica De conditione indebiti, lo que nos indica que en el texto se tratan problemas muy similares a los que acabamos de ver en Valente sobre la relevancia o no del error.

El fideicomiso que entra como objeto de una obligación, dice el texto, queda debido aunque hubiera sido indebido, ya que fue prometido sin error para cumplir un encargo.

La estipulación que aparece mencionada en el texto creemos se referiría a las estipulaciones que una vez vigente el SC. Pegasiano, - que situó al fideicomisario legatari loco, se cruzan entre el heredero fiduciario y el fideicomisario, similares a las que se cruzan entre el heredero y el legatario beneficiario de un legatum partitionis (43). Una vez identificada la estipulación, lo que se dice es que el fideicomiso objeto de una estipulación de este tipo queda debido aunque hubiera sido indebido, ya que fue prometido sin error para cumplir un encargo.

Intentaremos acercarnos más a los hechos: el causante encomienda al heredero fiduciario la restitución de toda la herencia al fideicomisario. El fiduciario ade voluntariamente la herencia, lo que le da derecho, según el SC. Pegasiano, a retener una cuarta parte, pero, - consciente de que tiene este derecho, y por cumplir plenamente la voluntad del causante, en las estipulaciones partis et pro parte que realiza con el fideicomisario le promete entregar toda la herencia.- En este sentido es como se puede afirmar que el fideicomiso fue prometido sin error para cumplir un encargo. (44)

(43) Vid. pags. 74 y 75 y Gayo II, 254.

(44) No creemos caer en contradicción con lo dicho anteriormente. Lo mismo podemos encontrar en una sociedad, por muy tradicional - y respetuosa de las costumbres que esta sea, personas capaces de cumplir un encargo encomendado a la fides, desinteresadamente, como la que se vislumbra detrás de este texto, que perso-



Así interpretado, creemos que el texto puede considerarse genuino, y en este sentido se manifestaron Bartoszek (45) que confrontó el mismo con D. 35.2. 46, Ulp. 76 ad ed., Qui quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spondit se daturum, cogendus estolvere, y Voci (46) quien afirma que no tiene derecho a repetir quien cumple sabiendo que no está obligado a ello, por ejemplo, quien no retiene la cuarta en atención a la voluntad del difunto.

Green, por el contrario, que el texto ha sido objeto de manipulación, Vasalli (47) que sospechó desde quia tamen hasta el fin. Dulckeit (48) señaló tametsi non debitum fuisset y tamen. Solazzi (49) pensó que en esta manipulación se había deslizado el para él intolerable quia, pues la proposición quia — esset afirma de modo absoluto que la estipulación del fideicomiso se ha concluido, a sciente fidei explendae causa, mientras que esto tenía que ser demostrado caso por caso, y muchas veces podía resultar que faltase el conocimiento. Por ello es partidario de reconstruir el texto así: Fideicommissum in stipulatione deductum. ... si a sciente fidei explendae causa promissum esset, debetur.

A pesar de estas objeciones seguimos creyendo en la genuinidad del texto. Dolió tener en cuenta Solazzi que éste se nos ofrece escuetamente, y estimamos que Meciano en su exposición, ya que lo que aquí aparece está separado del iter argumental que estaba siguiendo, también contemplaría los casos concretos a los que se refirió Solazzi en su crítica.

D. 29.4.26, pr., dice: Si servum heredem institutum dominus, qui ipse rogatus fuerat fideicommissum praestare, priusquam adire iuberet

(Continuación nota 44) nas que se mueven por el interés, para las que, y para un cumplimiento más eficaz de la voluntad del causante, se estableció la posibilidad de repetición en caso de error.

(45) op. cit., pag. 325.

(46) Diritto ereditario..., II, 2, pag. 735 y 736, nota (118)

(47) Ius et facti ignorantia, loc. cit.

(48) Voluntas und fides, loc. cit., nota (99), pag. 345.

vendiderit, praestare id debet, cum per pretium servi hereditatis - quoque aestimationem consequatur.

Este texto también se presenta separado de la sedes materiae normal en la que los compiladores situaron la mayoría de los fragmentos procedentes de los libros que trataban sobre las herencias fideicomisarias. El título 4º del libro 29 aparece intitulado Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem, - hace referencia más bien al problema tratado en el § 1.

El asunto tratado es el siguiente: se instituye heredero a un esclavo y se le encomienda un fideicomiso. El dueño del esclavo, antes de autorizarle a adir la herencia, le vende. El jurista dice que el dueño debe cumplir el fideicomiso ya que recibe el valor de la herencia incluida en el precio del esclavo.

Si tenemos en cuenta que el esclavo instituido adquiere la herencia para su dueño, consecuencia lógica es que éste cumpla los encargos contenidos en el testamento. Si el dueño, antes de autorizar a adir al esclavo, le vende, como quiera que el esclavo conserva para su comprador la facultad de adir la herencia, es de suponer que en el precio que por él reciba se estime este incremento de valor, y por ello sería el dueño que vende el encargado de cumplir el fideicomiso que en el testamento se encomendaba.

Esta es la interpretación que damos al texto al que consideramos substancialmente genuino, pero evidentemente cercenado separado de su contexto, por lo que puede resultar obscuro.

La relación del texto con el título bajo el que le colocaron los compiladores justinianeos existe, pero también tras una interpretación que consideramos forzada: si quien rechazó una herencia testa-

(49) L'errore nella conditio indebiti, loc. cit. pag. 129.

mentaría la posee abintestato o de otro modo. Habría que entender el acto de la venta del esclavo como rechazo de la herencia testamentaria y la valoración de la misma que se incluye en el precio de venta, como la posesión de la misma de otro modo que no es abintestato.

El § 1, dice: Institutus heres et rogatus restituere hereditatem si omissa causa testamenti legitimam hereditatem possideat, non dubie ut legata ceteraque fideicommissa, ita hereditatem quoque restituere compellendus est, libertates quoque tam directas quam fideicommissarias, sed si alienos servos rogatus sit manumittere, utique redimere eos debet, cum autem decessionem patietur is cui restituta fuerit hereditas, quam is qui ei restituit passurus fuit.

A una persona instituida heredero se le ruega que restituya la herencia. El instituido rechaza la herencia testamentaria, pero llega a poseerla abintestato. Afirma Meciano que no debe dudarse que se le puede exigir que entregue los legados y los fideicomisos, así como la herencia misma y que cumpla las manumisiones, tanto las directas como las fideicomisarias. Además, si se le rogó que manumitiera esclavos ajenos, deberá comprarlos pero el fideicomisario deberá sopor tar la mengua del valor que hubo de sufrir el fiduciario.

Es éste uno de los casos en los que el testamento, a pesar de estar redactado según las prescripciones del ius civile, tiene relevancia solo en base al derecho pretorio. (50 ).

Por lo que se deduce del texto, el fideicomiso de herencia afecta solo a una parte del caudal relicto. El causante, en su testamento, otorga legados y encomienda fideicomisos al heredero fiduciario y, -

( 50 ) A estos casos hace referencia Impallomeni, Le manomissioni..., cit. pag. 50 y nota (30). Junto a nuestro texto, pues todas las noticias de este supuesto nos llegan a través de la compilación justiniana, cita Impallomeni D. 29.4.6,10; cod. 12,pr; cod. 17 (argumento a contrario); cod. 22, pr. y 1; D. 40.4.23, pr., y C. 6.39.2. pr. Vid. también pags. 197-198 nota(149).

además, le encomienda la restitución del resto del caudal relicto al fideicomisario. Así entendemos non dubie ut legata ceteraque fideicomissa, ita hereditatem quicque compellendus est restituere..., y por ello mismo, si el fiduciario tiene que comprar esclavos ajenos para manumitirlos, lo hará, pero se resarcirá del precio deduciéndolo del caudal que debe restituir al fideicomisario ya que la impresión que sacamos del texto es que lo que se lucra el fiduciario de la herencia no es suficiente para hacer frente a estos gastos.

Creemos en la genuinidad de lo contenido en el fragmento, ahora - bien, seguimos pensando que este texto también aparece mutilado, lo que le confiere que seguramente no se corresponde con la forma de exponer del jurista.

A continuación aparece en la reconstrucción de Lenel D. 36.1.66, pr.: Si eius pupilli, cui sine tutoris auctoritate pecunia credita erat, restituta ex eo senatus consulto mihi fuerit hereditas, si solvam creditori, non repetam: adquin heres si post restitutionem solvat, repetet: non ab aliud, quam quod ab eo in me naturalis obligatio translata intellegitur, et si eius mihi restituta sit hereditas, cui pupillo sine tutoris auctoritate crediderit, si solverit mihi - pupillus, non repetet, at si heredi solverit, repetet, non restitutus, si ante restitutionem solvisset.

El supuesto estudiado es el siguiente: Si se hubiese restituido - por el SC. (Trebeliano, debemos suponer) (51) a un fideicomisario - la herencia de un pupilo al que se había dado en préstamo una cantidad sin la auctoritas de su tutor y el fideicomisario paga al acreedor, no podrá repetir esa cantidad como indobida. Pero si es el heredero el que paga después de haber restituido la herencia, puede repetir la cantidad. Y dice Meciano que no por otra razón que porque se entiende que transfirió al fideicomisario una obligación natural. Y si la herencia que se restituye al fideicomisario es la del que preg

(51) Así lo cree también Lenel. Vid. Pal., I, nota (4), col. 578.

tó a un pupilo sin la autoridad de su tutor, si el pupilo paga, no puede repetir el pago como indebido. Y si hubiese pagado al heredero, tampoco puede repetir el pago como indebido si hubiera pagado antes de hacerse la restitución de la herencia.

Resumiento, esta es la situación:

- Herencia de un pupilo que recibió prestamos sin auctoritas de su tutor:

- a) Si el fideicomisario paga al acreedor, no puede repetir como indebida la cantidad pagada.
- b) Si el heredero fiduciario paga después de restituir la herencia puede repetir la cantidad pagada.

¿Por qué esa diferencia de trato? Porque se entiende que el heredero fiduciario transmitió al fideicomisario una obligación natural.

- Herencia del que prestó a un pupilo sin la auctoritas de su tutor:

- a) Si el pupilo paga al fideicomisario no puede repetir lo pagado como indebido.
- b) Si el pupilo paga al heredero fiduciario, no puede repetir si efectuó el pago antes de que el fiduciario hiciera la restitución de la herencia (a contrario sensu, si efectúa el pago después de la restitución de la herencia sí que podrá repetir lo pagado).

Aquí la solución es igual para los dos casos planteados: no repetición de lo pagado. Pero no adujo Meciano expresamente su argumentación para que ésto fuera así, y si lo hizo, ésta no nos ha llegado.

En cuanto a la genuinidad del texto, las objeciones más importantes se refieren a la presencia de naturalis obligatio, y se sospecha de todo el periodo non ob aliud — intellegitur. En este sentido Paolichoni (52) sostuvo que en los textos en que se habla de obligatio naturalis pupilli estaba de acuerdo con Siber (53) que en lo

que afecta a los términos obligatio naturalis, naturaliter obligari, en contraposición con civiliter obligari, y obligari iure civili en contraposición con obligari iure naturali, están todos interpolados, aunque admitió la existencia en época clásica del instituto (obligatio naturalis). También Vasny (54) afirmó que la frase cuestionada no prueba la existencia de la obligatio naturalis pupilli.

No es nuestra intención adentrarnos en el estudio de la naturalis obligatio pupilli, pero ciertamente nos parece forzada la referencia a la obligatio naturalis que se hace en el texto.

D. 36. 1.66,1, situado a continuación, dice: Si necessari heredes sub condicione quamvis levisima heredes sint instituti, qui parere solent, dicendum est eori restituere hereditatem desiderantibus his, quibus restituere rogati sunt, quia etiam necessari heredes fideicommissae hereditatis restituendae gratia conditioni parere exunt compellendi.

Se aborda el caso de unos herederos necesarios que son instituidos bajo condición, y el texto afirma que aunque sea una condición más ligera de las que se suelen cumplir, hay que obligarles a restituir la herencia a petición de los fideicomisarios puesto que también los herederos necesarios deben ser forzados a cumplir la condición a fin de que se restituya la herencia fideicomisaria.

El problema planteado es si se puede forzar a los herederos necesarios a cumplir la condición bajo la que son instituidos y en el texto se hace decir a Mediano que sí se les puede forzar a cumplir la condición con el fin de que se restituya la herencia fideicomisaria.

(52) L'obligatio naturalis nel diritto romano classico e nel diritto attuale, en Riv. Diritto Civile 18 (1926) pags. 52 y ss.

(53) Se refiere a Naturalis obligatio, en Gedenkschr. für L. Mitteis 1925, pags. 1-88, que no ha llegado a nuestras manos. Concretamente se refiere a la interpolación de nuestro texto en pag. 31.

(54) Naturalis obligatio, en Studi Bonfante, 4, pag. 167.

La genuinidad del texto fue cuestionada por Solazzi (55). Le pareció que el solent no tenía sentido y que podía ser substituido por nolint; además, quantis levissima supone para él una prueba de la debilidad del pensamiento jurídico justinianeo que hace cuestión de la ligereza de la condición mientras lo que se debate es la libertad - del heredero del cual no se podían pretender mayores sacrificios después de la adición y el cumplimiento de la condicio dandi con medios previstos por el fideicomisario. Le pareció también equivocado etiam necessari porque a fortiori debe poderse ejercitar sobre los herederos necesarios aquella coacción que se admite hacia los herederos voluntarios. Para concluir, estimó que los tiempos de dicendum est cogi y erunt compellendi, no concuerdan.

No podríamos afirmar la completa genuinidad del texto después de estas indicaciones de Solazzi, pero, en nuestra opinión, no son tan graves los efectos de estas alteraciones o, por lo menos, lo que pretendía Meciano sigue en pie tras la manipulación. Meciano intentaría, siguiendo la tendencia que se iba imponiendo, que la voluntad del causante se cumpliera y que la restitución de la herencia se efectuase. Para ello en este caso había que reconocer la posibilidad del fideicomisario de forzar al heredero necesario al cumplimiento de la condición, y en el texto aparece como reconocida. Creemos también que exageró Solazzi cuando afirma que unas palabras le sirven de prueba de la "debilidad del pensamiento jurídico de los justinianos". En nuestra opinión, los comisionados justinianos pueden ser acusados de manipuladores (y no tanto como desde algunos sectores se ha venido manteniendo), pero que es injusto achacarles debilidad de pensamiento jurídico cuando éste pueda ser considerado quizás, después del de los juristas clásicos, entre los más finos de la historia del derecho romano.

A continuación situó Lenel D. 36.1.7, y lo presentó complementado con el párrafo final del fragmento que le precede en el Digesto, —

(55) Sulla condicio emancipationis, en A.G. 86 (1921) pag. 193, nota (1).

(§ 6, D. 36.1.6, Ulpiano 4 fideic.): § 6: Si quis alio loco restituere hereditatem iussus sit et suspectam eam dicat. Iulianus scribit - cogendum eum esse similem ei, qui in diem rogatus est restituere.

7 (Meciano): Sed sciendum est impendiorum quoque, quae ad iter explicandum necessaria essent, rationem haberi debere: nam si ita institutus esset "si Titio decem dedisset", non aliter cogeretur, quam si ei pecunia offeratur, sed et salutis ac dignitatis ratio habenda erit: quid enim si verbo adlicitus Alexandriae iussus fuit adire - vel nomen vispellionis testatoris ferre?

En el párrafo perteneciente a Ulpiano se dice que si un fiduciario al que se rogó restituir la herencia en otro lugar la declara sospechosa, escribió Juliano que debía ser obligado (suponemos que a aceptar y restituir) del mismo modo que aquél a quien se ruega - restituir en una fecha determinada. Y el fragmento de Meciano dice - que hay que saber que deben hacerse cuentas de los gastos necesarios para el viaje, pues si se le hubiese instituido heredero diciendo - "si hubiese dado 10,000 sesteracios a Ticio" no se le obligará (a - aceptar y restituir) más que si se le ofrece esa cantidad; y también hay que tener en cuenta la seguridad y dignidad del fiduciario, - pues ¿qué ocurriría si se obliga a adir en Alejandría a quien está - impedido por la enfermedad o se le obliga a llevar el nombre de un - testador que era enterrador de profesión?

En el conjunto de los dos textos sigue estando presente la tendencia a que se cumpla el fideicomiso, y por lo tanto a que el fiduciario efectúe la adición y la restitución de la herencia al fideicomisario. Pero como también señalábamos en su momento, se tienen en cuenta los intereses del fiduciario, y eso es lo que se contempla en el texto de Meciano al mirar por su seguridad y por su dignidad, procurando que el cumplimiento del encargo encomendado no le perjudique.

La genuinidad también ha sido discutida. Beseler (56) sospechó - de todo el primer periodo sed sciendum hasta nam. Mommsen (57) propuso substituir el nam por etiam. Solazzi (58) se hizo eco de las -



modificaciones propuestas por Mommsen y Lenel. Beseler (59) reconstruyó la frase nam --- afferatur con la que para él comenzaba el fragmento así: si (quia) ita institutus (sit) ... decesserit ... coge [re] tur, situando ahí el punto final, suprimiendo, por tanto, todo lo referido a la seguridad y dignidad del fiduciario.

Nosotros creemos que el texto está manipulado, lo que se ve además si tenemos en cuenta que Lenel, para darle más sentido no tiene más remedio que unirle al que le precede, y así nos le presenta en la Palingenesia. Cuando el texto fue extraído de su lugar originario, al sacarlo de su contexto, perdió parte de su sentido. Cuando le colocaron detrás del de Ulpiano, tan mal encajaba, que tuvieron que manipularle y alterarle para que concordase lo mejor posible. Y ahí puede estar la explicación de algunos de los defectos que se le encuentran; por ello tuvieron que añadir alguna palabra, como sciendum est, para conectar con la exposición anterior. Pero tampoco se debe exagerar en cuanto a la profundidad de las alteraciones. Para nosotros la idea es substancialmente clásica y como tal la proponemos.

D. 36.1.66,2, dice: Si quis rogatus restituere hereditatem decessit, antequam eam restituat, heres eius poterit hereditatem restituere et ex Trebelliano senatus consulto transcurrunt actiones. sed si duo ei heredes extiterint, uti quisque restituerit, pro ea parte transcurrunt actiones: nam et si inae partes restituerit, pro parte interea transcurrunt actiones. sed et si plures heredes extiterint, si, qui rogatus est restituere hereditatem, si quidem interea restituerint, vel cum ei, cum restitui debuit, plures heredes extiterint: ut qui restituta erit, is pro ea parte ex hoc senatus consulto habebit actiones.

El primer problema abordado es la muerte del fiduciario encargado de restituir la herencia antes de haber restituido ésta. En este supuesto, su heredero podrá restituirla y se transferirán las acciones conforme al SC. Trebeliano.

(56) Beitrage..., 5, pag. 59

(57) Edición Digesto Mommsen-Kruger.

(58) Sulla condicio emancipationis, cit. pag. 189

(59) loc. cit.

Si son dos los herederos, las acciones se transferirán en la medida que cada uno de ellos hubiese restituido, pues si el mismo fiduciario (se está refiriendo al que recibió el encargo del causante y murió sin llevar a cabo la restitución) hubiese restituido solo una parte de la herencia, las acciones solo se transferirían en esa parte.

Si son varios los herederos del fiduciario, en el caso de que hubieran restituido solo algunos, o si fueran varios los herederos del fideicomisario y se hubiera restituido la herencia tan sólo a uno de ellos, éste, por su parte, tendrá las acciones en virtud del SC. tan solo en la parte que le corresponde.

Se siguen tratando problemas relativos a la restitución de las herencias fideicomisarias y del traspaso de las acciones que contemplaba el SC. Trebelliano. Y así vemos que el heredero del heredero fiduciario sucede a éste en la obligación de restitución de la herencia al fideicomisario; si son varios los herederos del fiduciario, restituirán la parte y también las acciones que les corresponden, lo mismo que si el que fallece es el fideicomisario y son varios sus herederos y la herencia se restituya tan solo a uno de ellos. (60).

El texto nos parece substancialmente clásico. (61).

D. 29.1.14, situado a continuación, le presentó Lenel complementado con el § 4, de D. 29.1.13, Ulpiano 45 *Ad edic.*, para su mejor comprensión: § 4: Qui miles in testamento suo servo libertatem dedit eidemque et a primo et a secundo herede per fideicommissum hereditatem reliquerit. quavis et primus heres et substitutus. priusquam -

(60) Cfr. Voci, *Diritto ereditario...*, cit. II, 2, notas (46) y - (86), pags. 354 y 361

(61) Bartoszek, en *Il senato consulto Trebelliano*, cit. pags. 335, - cuestiona desde *sed* hasta el final, pero no la clasicidad de lo expuesto, sino la forma de hacerlo. Estimó que en el final se repite en un estilo defectuoso lo que ya fue dicho con anterioridad.

adierint hereditatem, mortem obierunt, (...) perinde habendum est, -  
 ac si eidem servo libertas simul et hereditas directo data esset, -  
 quae utraque ad eum pervenire testatorem voluisse negari non potest.  
 Tractabatur, an tale aliquid et in paganorum testamentis indulgendum  
 esset et placet non sine distinctione hoc fieri, sed, si quidem vi-  
 vo testator et sciente decessissent, nihil novi statuendum, si autem  
 ignorante aut post mortem eius, omnimodo subveniendum.

La parte del § de Ulpiano que precede al texto de Meciano dice -  
 que si un militar hubiese dado la libertad en testamento a su esclavo  
 (el título 1º de D. 29, trata de testamento militi) y le hubiera  
 dejado por heredero fideicomisario de un primero y segundo heredero  
 (debemos suponer que fiduciarios), aunque el primer heredero y el -  
 sustituto murieran antes de a-dir la herencia, se ha de entender -  
 que directamente dejó al esclavo la libertad y la herencia, pues no  
 se puede negar que el testador quiso que adquiriese ambas cosas. (62)  
 Una vez aclarado el antecedente, el texto de Meciano continúa dicién-  
 do que se discutía si se debía permitir lo mismo en el testamento de  
 los no militares y se admitió que había que distinguir: si muriesen  
 en vida del testador y sabiéndolo éste, nada debía innovarse. Pero -  
 si murieron sin saberlo el testador, o después de su muerte, había -  
 que socorrer a los no militares.

Ya nos adelantó Lenel (63) que sospechaba que el texto había si-  
 do alterado por la mano de Triboniano. Y desde luego es evidente la  
 presencia de esta intervención señalada por otros muchos romanistas.  
 (64) Aquí vemos claramente como los comisionados manipulan un texto

(62) La parte que Lenel omitió fue la siguiente: non debere intesta-  
 ti exitum facere imperator noster cum divo Severo rescripsit, -  
 sed ...

(63) Pal., I, nota (2), col. 579.

(64) Entre otros por Faber, Coniectarum iuris civilis, Colonia 1630  
 XI, 18,13 (vid. en Index Interpolationum lo referido a este -  
 fragmento, donde se cita a Faber en lo relativo a et placet -  
 fin). De Francisci, Nuovi studi intorno alla legislazione -  
giustiniana durante la compilazione del pandette en BIR 27  
 (1914) pags. 34-35, también consideró interpolado desde et -  
placet hasta el final, puesto que el derecho clásico en ningún

para introducir las nuevas corrientes legislativas que imperaban en la época. Posiblemente Meciano plantearía que existían discusiones - en un problema similar (65) o el mismo que planteaba Ulpiano en el texto que seleccionaron los juristas bizantinos, y éste fue aprovechado por los comisionados para efectuar su distinción e introducir la nueva doctrina sobre la aplicación a los no militares de una normativa que en la época clásica solo a los militares era de aplicación.

La alteración, pues, para nosotros, no ofrece dudas. Sin embargo se ha alzado una voz en favor de la genuinidad del texto, y es la de Biondi (66) quien sostuvo que Meciano no podía referirse al rescripto de Severo y Caracalla citado en el fragmento que antecede (-y que Len-el suprimió al ofrecernos la reconstrucción del texto-(67)) por imposibilidad temporal de que Meciano le conociese, pero sin embargo podía referirse a un rescripto anterior de Antonino Pío, recordado - en D. 40.5.42, Meciano 7 *fideic.* Se basó también en que Justiniano, en C.6.49.7, 1b, afirmaba que apud veteres dubitabuntur en lo referi

(Continuación nota 64) caso aplicó a los testamentos paganorum aquello que era una derogación especial en favor del testamentum militis. Pringsheim, en *Miscellen*, SZ 41 (1920) pag. 253, también sostuvo que estaba interpolado y que contenía una distinción típicamente bizantina. Guarnieri Citati, en *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, I, Palermo 1921, nota (3) pags. 76-77, señaló como indudablemente bizantinos - placet y omnimodo. En el V.J.R., 4, col. 133, 41, se señala como tribonianismo nihil...statuendum, en col., 252, 49, non sine distinctione, y 5, col., 360, sine distinctione. Impallomeni, en *Le manomissioni...* cit., pag. 197, para quien no hay duda - en la interpolación tendente a hacer general una regla de derecho singular válida solo para los militares. En nota (47) pag. 221, considera como intervención justiniana nuestro texto, - innovación que consistiría en que el esclavo manumitido y beneficiado con un fideicomiso universal por un paisano, es considerado heredero necesario si ha premuerto el instituido al testador y éste lo ignora, o bien si el instituido ha muerto antes de haber adido, si bien después del de cuius.

(65) Posiblemente se refiere al rescripto de Antonino Pío recogido en D. 40.5.42, Meciano 7 *fideic.*, que veremos más adelante.

(66) *Successione testamentaria...* cit., pag. 198.

(67) Vid. nota (62).

do a como actionum translatio celebretur; análogas a estas dudas se justificaría la incertidumbre en el tema de la constitución de Antonino Pio con la que Biondi puso en relación D. 29.1.14.

Pero resulta que aún poniendo en relación D. 29.1.14 con D.40.5.-42, no se salvan las contradicciones (68).

Antonino Pio tomaría en consideración, según Meciano, la muerte del heredero del militar y de su substituto ante aditam hereditatem y la manumisión fideicomisaria acompañada de un fideicomiso universal a favor del mismo esclavo. (69) Aquí el esclavo recibiría la libertad y la herencia. En el mismo caso, pero tratándose de un causante no militar, solamente se confirma la libertad, pero no el fideicomiso de herencia en favor del esclavo.

En D. 29.1.14, teniendo en cuenta lo dicho en el fragmento anterior (D. 29.1.13,4) se viene a decir que el esclavo manumitido y beneficiado con un fideicomiso universal por un no militar sería considerado necesario en dos casos: a) cuando el testador ignoraba la muerte sobrevenida del heredero y del substituto, y b) cuando el testador premuere al heredero y al substituto, pero estos mueren a su vez antes de adir la herencia. (70)

Ya hemos admitido que la cuestión sería debatida, como supuso Biondi. Pero lo que no nos parece lógico es que el mismo Meciano, valiendo de una postura (la que manifiesta en D. 40.5.42), se contradijera o efectuase distinciones donde en otro lugar no las había hecho.

(68) Antoninus Augustus Pius poster. quo militum suorum rata esset voluntas suprema. cum et institutus et substitutus in continenti priusquam adirent hereditatem decessissent. eos. quibus ab eis et libertas et hereditas a milite per fideicommissum data esset. perinde liberos et heredes esse iussit. ac si utrumque directo accepissent. Forum autem. qui a pagano libertatem et hereditatem per fideicommissum acceperant. cum aequae in continenti et institutus et substitutus decessissent satis habuit libertatem confirmari.

(69) Cfr. Impallomeni, Le manomissioni..., cit. pag. 195.

(70) Cfr. Impallomeni, Le manomissioni..., cit. pag. 197.

A continuación situó Lenel un texto de Papiniano 6 resp. (D.29.2. 86, pr.) en el que se cita a Meciano: Pannonius Avitus cum in Cilicia procuraret heres institutus ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret, quia honorum possessionem, quam procurator eius petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae stricto iure non competit, quia intra diem aditionis Avitus obiisset, divum tamen Pium contra constituisse Maecianus libro quaestionum refert in eo, qui legationis causa Romae erat et filium, qui matris delatam possessionem absens amiserat, sine respectu eius distinctionis restitutionem locum habere. (71)

Lenel informó que este fragmento debía considerarse junto con el anterior. (72).

Papiniano exponía que siendo gobernador en Cilicia Panonio Avito fue instituido heredero, pero murió antes de saberlo. Los herederos de Avito, como no habían podido ratificar la petición de la honorum possessio que había hecho su procurador, solicitaron una restitutio in integrum en nombre del difunto lo que en derecho estricto no les correspondía puesto que Avito había fallecido antes de cumplirse el plazo para la adición. En este momento cita Papiniano a Meciano que refería que el emperador Antonino Pio, a propósito de uno que estaba en Roma con ocasión de una embajada y al que, en su ausencia se le murió un hijo (que no había podido adir por estar ausente su padre) la herencia materna que le correspondía, dispuso, en contra de lo dicho, que se aplicara la restitutio in integrum sin tener en cuenta la distinción del fallecimiento dentro y después del plazo de la adición.

(71) El párrafo de Papiniano termina con quod et hic humanitatis gratia optinendum est que entre otros Lenel sospecha deberse a manos tribonianas. Vid. Pal., I, nota (2) col. 909.

(72) Pal., I, nota (3), col. 579.

Las sospechas sobre la genuinidad de este texto también vienen de antiguo. Ya Faber (73) sospechó de stricto iure y desde divum Pium contra constituissae hasta el final. También consideraron, entre otros interpolado stricto iure Frese (74) y Pringheim (75). Beseler, - por su parte, sospechó desde sine respectu hasta el final, que también había sido señalado por Pringheim (76).

Lenel señaló (77), siguiendo en esto a Savigny (78), que en el texto original de Papiniano no se diría intra diem additionis sino intra diem cretionis. Según Savigny, el texto original se referiría sin duda al caso de una cretio vulgaris y el texto ante el que nos encontramos habría sido alterado substituyendo additionis por cretionis.

Nuestra impresión es que el texto ha sido efectivamente manipulado en forma similar al anteriormente visto. Aprovechando la opinión de Meciano respecto a la constitución de Antonino Pio, el texto se retocó y se varió su significado.

A continuación Lenel situó el último §, el 3º, de D.36.1.66: Si patronus ex parte debita heres institutus rogatus fuerit cum liberis exheredatis defuncti liberti restituere. si sua sponte adierit. erit Falcidia locus. si coactus. in solidum transibunt actiones ex hoc senatus consulto.

Nos encontramos aquí otra vez con problemas relativos a los senadoconsultos y a la deducción de la cuarta pegasiana. Si un patrono -

(73) Vid. de Medio, I Tribonianismi advertiti da Antonio Fabro en - B.I.D.R. 13 (1900) pag. 231. Aquí se señalan estas sospechas - como recogidas en Coniectarum, libro XIV, pag. 498, 2.

(74) Viva vox iuris civilis en SZ 43 (1922) pag. 468 nota (1) y - pag. 473.

(75) Miszellen, en SZ 42 (1921) pag. 654 nota (5)

(76) Romanistische Studien, cit. en SZ 50 (1930) pag. 44

(77) Pal., I, nota (4) col. 579.

(78) Sistema del derecho Romano actual, Madrid 1879, II, pag. 429 - nota (a).

hubiera sido instituido heredero en la parte que se le debe (se está refiriendo a la sucesión de su liberto) y se le hubiese rogado restituir la a los descendientes herederos del liberto difunto, si efectúa la adición voluntariamente tendrá lugar la detracción establecida en la ley Falcidia, pero si hubiese adido coaccionado, pasarán enteramente las acciones en virtud de este senadoconsulto (el Pegasiano, - que fue el que reguló la adición forzosa por parte del heredero fiduciario) (79 ).

Lenel propuso como más de acuerdo con lo escrito por Mediano la sustitución de debita por dimidia teniendo en cuenta el alcance de la portio debita al patrono en la herencia de su liberto, y que cuando la institución se hacía sin indicación de cuotas se estimaba en la mitad de la herencia (80 ).

El texto contempla dos posibilidades: a) el cumplimiento voluntario por parte del patrono del encargo que le ha hecho su liberto en cuyo caso tiene derecho a detraer la cuarta, y b) el cumplimiento coaccionado, en cuyo caso opera lo dispuesto en el SC. Pegasiano y el patrono no retiene la cuarta.

Se está haciendo referencia a un caso excepcional dentro de la sucesión de un liberto en favor de su patrono que es cuando el patrono no está obligado a un cumplimiento pleno de los encargos que efectúa el causante. Y esto sucede cuando el patrono es instituido heredero y a la vez le son encomendados fideicomisos en favor de los hijos del liberto; como estos tienen derecho a excluir al patrono, éste no puede quejarse si la portio debita no permanece entera (81 ). El patrono que tiene derecho a conseguir la portio debita, dice Voci, no puede pretender retener además la cuarta, pues la legítima absorbe ésta. Pero el patrono que debe cumplir cercenando lo que sería la

(79) Lenel, Pal., I, nota (7) col. 579, señaló también el Pegasiano como el SC. al que se refiere el texto.

(80) Pal., I, nota (6) col. 579.

(81) Cfr. Voci, Diritto ereditario..., cit. II, 2, pags. 746 y ss.



portio debita, tiene derecho, como cualquier otro heredero, a retener la cuarta. Ahora bien, esto sucedería siempre que el patrono cumpliera el encargo sponste, pues si cumple coactus, también como cualquier otro heredero, no retiene la cuarta.

Esta es la interpretación que damos al texto, que nos parece sustancialmente clásico.

D. 36. 1.1,8, texto de Ulpiano 3 fideic. en el que cita a Meciano sin indicar el lugar de donde extrajo la mención, es el que Lenel situó al final del libro VI. Dice así: De illo quæritur, an is, qui ex causa fideicommissi restituta est hereditas ex Trebelliano senatus consulto, ipse quoque restituendo ex eodem senatus consulto transferat actiones; et Iulianus scribit etiam ipsum transferre actiones, - quod et Mecianus probat et nobis placet.

Se pregunta, escribe Ulpiano, sobre si el que ha recibido en fideicomiso una herencia en virtud del SC Trebeliano puede, restituyendo él a su vez esa herencia en virtud del mismo senadoconsulto, transferir las acciones. Y escribió Juliano (82) que también él podía transferirlas, como aprobaba igualmente Meciano y a Ulpiano le placía.

El causante encomienda al heredero la restitución de la herencia que va a recibir al fideicomisario, y a éste la restitución de la misma herencia a otro fideicomisario.

Vemos aquí un embrión del denominado fideicomiso de familia. Es éste un fideicomiso sucesivo, ordenado para que los bienes se convengan en los individuos de una familia determinada. Como decimos, es el embrión, que además debió suscitar dudas en los juristas romanos si nos atenemos a la pregunta que se formula aquí Ulpiano y los apoyos que busca para fundamentar la validez de esta posibilidad. (83)

(82) Lenel situó esta opinión de Juliano en el libro 40 Digestorum, bajo el título de fideicommissis, 2, ad SS.CC. Trebellianum et Pegasianum.

(83) Cfr. Clemente de Diego, El fideicomiso de eo quod supererit... cit. págs. 28-29.

En cuanto a la genuinidad, ha sido cuestionado et nobis placet. - Pampalloni (84), analizando las expresiones que aparecen en la compilación justiniana y que él denominó "sententiatrici" o "di opinamento", consideró que en nuestro texto existía esta interpolación, pero de carácter meramente formal. De Francisci, (85) por el contrario, estimó que la interpolación no era solamente de carácter formal. Parece, nos dice, que la cuestión estuviera ya resuelta, aunque disputada, en tiempos de Ulpiano. Pero además de disputada Ulpiano no estaría seguro de la solución a tomar, y esta inseguridad se refleja en una constitución de Justiniano del año 530, C.6.49.7.1, que en la parte que nos interesa dice: ... fideicommissarius, cui restituta est ex Trebelliano senatus consulto hereditas, alii per fideicommissum restituere iussus fuerit res hereditarias: quemadmodum actionum translatio celebretur in tribus istis casibus, apud veteres dubitabatur. Et Domitius Ulpianus constituendum esse super his putavit... Está, pues, dentro de toda lógica la sospecha de De Francisci. La contradicción es evidente entre la noticia proporcionada por Justiniano y nuestro texto. Los compiladores hicieron afirmar con convicción, quizás para dar mayor saber clásico a la decisión justiniana, lo que Ulpiano dudaba. Pero lo que también es evidente, y esto no está cuestionado, es que Meciano era de la opinión de permitir esa transferencia de acciones, junto con Juliano. La intervención compilatoria es, a nuestro juicio, una intervención de autoridad, para sanjar las posibles dudas que manifestase Ulpiano al respecto.

Del libro V de Meciano de fideicommissariis hereditatibus, 2, solo se ha conservado un extenso fragmento, D. 36.1.67. El principium, dice: Servo invito domino vel ignorante non recte restituetur hereditas: sed si postea ratum habuerit, confirmabitur restitutio, verum inhi domino adquirentur actiones, nec quia hereditatis acquisitionis similis est haec restitutio, iussum precedere oportet, sed, ut dic-

(84) Contributti alla determinazione degli emblemi nelle pandette, - en A.G. 55 (1895) pags. 505 y 510.

(85) Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione dell Pandette, loc. cit., pag. 35-36.

tum est, etiam ratihabitio subsequi poterit exemplo bonorum possessio-  
nis, neque interest, quod ad propositum attinet, ipsi domino an ser-  
vo quis rogetur restituere hereditatem, nec in ea re consensus aut  
opera servi opus est; atquin in bonorum possessione vel in adiunda  
hereditate consensus eius necessarius est, itaque si qui suspectum  
dicent hereditatem, postulante domino compellendi erunt adire et res-  
tituere hereditatem.

Se trata en el texto de la restitución de una herencia fideicomisaria a un esclavo.

No se puede restituir rectamente la herencia a un esclavo contra la voluntad o sin el consentimiento de su dueño, dice Meciano; pero si éste lo hubiese ratificado después, se confirmará la restitución. Y las acciones se adquieren para el dueño en persona. Y no por la similitud entre esta restitución y la adquisición de una herencia debe preceder la autorización (del dueño), sino que, como queda dicho, también puede seguir la ratificación, como ocurre para la (petición) de la bonorum possessio, y lo mismo da, por lo que a esto respecta, que se haya hecho el ruego de restituir la herencia fideicomisaria al mismo dueño o al esclavo, pues en este caso no es necesario el consentimiento ni la intervención del esclavo, en tanto que si es necesario su consentimiento en la petición de la bonorum possessio o en la adición de la herencia. Así pues, si dicen (los herederos) que la herencia es sospechosa, se les forzará a adir y a restituir la herencia a petición del dueño.

Deducimos, pues, de esta prolija exposición que un esclavo puede ser beneficiado con un fideicomiso de herencia y que la petición del decreto de compulsio para que los herederos lleven a cabo el encargo que se les ha encomendado puede ser hecha o por el mismo esclavo con el iussus de su dominus, o directamente por el dueño sin ser necesario que se conozca la voluntad del esclavo, lo mismo que está prescrito cuando el esclavo es instituido heredero y debe ser pedida la bonorum possessio. (86).

(86) Cfr. Voci, Diritto ereditario ..., cit., II, 2, pag. 357 nota (64).

En cuanto a la genuinidad, fue cuestionada por Beseler (87) que sospechó de confirmabitur restitutio, verum y desde nec quia hasta el final del pasaje. Consideró como síntoma de la manipulación atquin, pero precisamente en este punto Kubler mantiene la pureza del texto. (88).

Nosotros, tal como hemos interpretado el contenido del pasaje, creemos que es substancialmente clásico.

D. 36.1.67.1, dice: Si testator rogasset heredem, ut restituat hereditatem mulieri, si non nupiasset, dicendum erit compellendum heredem, si suspectam dicat hereditatem, adire et restituere eam mulieri, etiamsi nupiasset, idem in ceteris quoque condicionibus Iulianus noster probat, quae similiter nisi fine vitae expleri non possent, secundum quam sententiam cautio praestita his, quorum interest, ab his, quibus restitui su b iisdem condicionibus heres rogatus esset, restituet hereditatem.

Si un testador, dice Meciano, ruega a su heredero que restituya la herencia a su mujer si non nupiasset, debe decirse que hay que compeler al heredero si declara sospechosa la herencia a adirla y restituirle a la mujer (del testador) aunque pudiera volver a casarse. En este momento Meciano cita a Juliano (89) en el sentido de que egte era de la misma opinión para las otras condiciones que no se pueden dar por cumplidas antes de morir la persona a quien se refieren. Según esta opinión, sigue diciendo Meciano, deberá el heredero restituir la herencia, dando los fideicomisarios a los que se imponen tales condiciones previa caución a quienes interese.

El problema debatido es el de la aplicación de la cautio Meciana a los fideicomisos (90). Es sabido que esta caución se introdujo -

(87) Romanistische Studien, cit., en SZ 46 (1926) nota (1) pags. 140 141, y Textkritische Studien en SZ 52 (1932) pag. 42 Vid. tb. - Beitrage. .. cit. 4, pag. 167.

(88) Atquin, Kritische Studien zur Interpolationenforschung en SZ 42 (1922) pag. 516.

para solventar los problemas que surgían cuando el testador había impuesto al destinatario de una disposición mortis causa una condición potestativa y negativa que había posibilidad de no ser cumplida durante toda la vida de la persona a la que se había impuesto y que por lo tanto sóloamente podía considerarse cumplida cuando esta persona muriese. Fácilmente se entiende que si el legado (y posteriormente el fideicomiso, solo podía tener eficacia en el momento de la muerte del beneficiario, ( 91 ) no reportaba ninguna utilidad a éste. Por ello Quinto Mucio Scevola ideó, posiblemente a la vista de numerosas situaciones que en la práctica se presentarían, una cautio, que conocemos como cautio Muciana, consistente en que el destinatario de las disposiciones sometidas a condición potestativa y negativa adquiría el legado (o el fideicomiso) prometiendo la restitución de lo que había adquirido con sus frutos, en el caso de que incumplía esa condición que le ha sido impuesta.

La promesa, según Voci, ( 92 ) tiene un valor similar al cumplimiento; produce efectos civiles y hace posible la adquisición inmediata. El incumplimiento, como hemos dicho anteriormente, comportaría la obligación de restituir todo lo que se adquirió, además de los frutos percibidos.

Volviendo al texto que estamos analizando, la condición si non nupsisset en él contenida es de las denominadas condiciones viduitatis, pero éstas tuvieron un régimen especial diferente en parte al de la condición si non nupsisset impuesta de forma generalizada. ( )

(89 ) Lenel situó esta opinión de Juliano citada por Marciano en el libro XL Digestorum de fideicommissis, 2, AD SC. Trebellianum et Pegasianum, de Juliano.

(90 ) Pues también a ellos se extendió la aplicación de la misma. - Cfr. Voci, Diritto ereditario. ..., cit. II, 2, pag. 605.

(91 ) En este sentido Grosso, I legati... cit. pag. 462 nota (1) sale al paso de una corriente de opinión que sostiene que sin la cautio Muciana el legado no habría tenido efecto en cuanto a la disposición, al haber sido formulada bajo condición, hubiese resultado intransmisibile. Pero aquí, afirma, la condición se cumpliría en el momento de la muerte y el legado sería comparable a aquél cum heres morietur.

(92 ) Diritto ereditario... cit. II, 2, pag. 604-605.

Y lo extraño del texto estriba en que, a nuestro modo de ver, extiende de la aplicación de un régimen especial, el de la condicio viduitatis.

- (93) Creemos advertir, por lo menos, una imprecisión en Voel cuando trata de la cautio Muciana y de la condición ilícita. En Diritto ereditario ... , cit. II, 2, pag. 605, hablando de la Muciana, afirma que una hipótesis de aplicación debía darse en la condición de viudez cuando el testador dejaba un legado a su viuda con la condición de no casarse, condición que, dice, era considerada lícita incluso después de las leyes Augusteas. En pag. 797, por el contrario, afirma que la lex Iulia et Papia, para los fines que le eran propios, prohibía alguna clase de condición relativa al matrimonio. Es ilícita, sigue diciendo, la condición de no contraer matrimonio impuesta a un hombre o a una mujer. La imposición debe ser general, lo que puede deducirse no solo del modo en que la condición es concebida, - (si non nupserit), sino también de circunstancias específicas. En cuanto a la condicio viduitatis dice que es ilícita, pero que el cónyuge al que se impone puede contraer nuevo matrimonio si jura que su fin es el de tener hijos. Estas dos afirmaciones, sin ningún tipo de precisión nos parecen oscuras. - Biondi, en Successione testamentaria... cit. pags. 554-555, - creemos que trató con más precisión el tema. Dice que a comienzos del imperio se consideró contra legem la condición que se dirigía a impedir que alguien contrayese matrimonio, que tal condición en los tiempos antiguos fue plenamente válida y lícita, y que parece ser que precisamente por este caso Q. Mucio Scaevola había introducido la conocida cautio Muciana extendida después a cualquier condición potestativa y negativa. Esta situación cambió con las famosas leyes demográficas de Augusto que querían favorecer el matrimonio y la procreación. Frente a estos fines no podía pasar inadvertida la condición que tendía a impedir el matrimonio ya que su cumplimiento iba en contra de la intención de la ley. Y por ello una taxativa disposición de aquella ley declaró remitida tal condición. Así D. 35. 1.79,4 (Pap. 1 def.): quod in fraudem legis ad impediendas nuptias scriptum est, nullam vim habet. En base a este beneficium legis el beneficiario obtenía el legado sin cumplir la condición. Y estas disposiciones fueron interpretadas extensivamente para comprender la dispensa de cualquier condición en contraste con el espíritu de la ley en temas de matrimonio y procreación. Pero teniendo en cuenta el fin demográfico de la ley, mientras la jurisprudencia era favorable a extender la dispensa a todas aquellas condiciones que de cualquier modo introduzcan impedimentos al matrimonio y a la procreación, estuvo muy lejos de declarar la nulidad de cualquier condición atinente al matrimonio. Por lo tanto es plenamente válida la condición no solo de contraer matrimonio, ya genéricamente o con determinada persona, sino también el no casarse con una determinada persona, y era lícito imponer restricciones al matrimonio siempre que no lo impidiesen del todo. Son nula pues, en definitiva, no todas las condiciones que limiten o excluyan la libertad en orden al matrimonio, si no solo aquellas que se di

a todas la condiciones quae nisi fine vitae expleri non possent. Esta extensión compilatoria ya fue advertida por Bartoszek (94) que señaló la interpolación desde in ceteris quippe condicionis, hasta el final del pasaje. Debemos admitir que en época de Meciano los regímenes eran diferentes, y que resulta extraño que en este texto aparezcan unificados.

Beseler, por su parte, nos ofreció una reconstrucción que nos parece conforme con las corrientes de opinión que en la época clásica estarían vigentes en esta materia: Si testator rogasset heredem, ut [—] hereditatem mulieri, si non nupsisset, restitueret, [—] compellendum heredem [—] hereditatem adire et restituere eam mulieri, etiamsi nupsisset. Iulianus scripsit, [—] (95) Meciano defendería el cumplimiento del fideicomiso independientemente de la condición si non nupsisset, como había escrito Juliano, y posiblemente

(Continuación nota 93) rigen a impedir el matrimonio y la procreación o a hacer cesar el matrimonio.

Pero la condicio viduitatis, que es la que contempla nuestro texto, tuvo una regulación particular. Después de aclarar Biondi lo relativo a la existencia o no de una lex Julia Miscella independiente de la Julia et Pavia, pasó al análisis del contenido. Según el testimonio de Justiniano, la ley, presupuesta la eficacia de la condición, disponía que la viuda pudiese adquirir el legado aún pasando a nuevas nupcias cuando jurase contraer matrimonio solo quaerendorum liberorum causa. Después del año bastaba la común cautio Muciana. Justiniano abolió la lex Julia considerando como no escrita la condicio viduitatis y exonerando la viuda de la obligación de jurar o de prestar la cautio (C.6.40.2.) Pero la Novela 22, 43-44, inspirándose en la tendencia cristiana contraria a las segundas nupcias, admitió la eficacia de la condición, con la consecuencia de que si el cónyuge contraía matrimonio, no podía adquirir el legado lo mismo si se trataba del marido o de la mujer. Nos parece mucho más clara y concreta esta exposición que la efectuada por Voci, en la que como decimos algunos puntos resultan oscuros y poco precisados. La exposición de Biondi creemos que es más lineal y completa, diferenciando claramente los dos regímenes en estudio.

(94) Il SC. Trebelliano, cit. pag. 335

(95) Romanistische Studien, en SZ 47 (1927) pag. 65.

te se extendería a los requisitos que la mujer debía cumplir de acuerdo con la lex Julia (juramento, promesa, etc.)

Scialoja ( 96 ) advirtió también la manipulación del texto aunque no se dió cuenta de que no se trataba de una condición si non nupsisset simple, sino de una condicio viduitatis. Por ello afirmó que - el paso de la condición ilícita si non nupsisset "que debe anularse" (aquí se muestra el error) a la condición válida quae nisi fine vitae expleri non possent es bastante extraño. El plural his — ab his — dió puede hacer surgir sospechas acerca de la genuinidad del fragmento. También la frase genérica his quorum interest parece un poco indeterminada porque puede referirse eventualmente al heredero que - hace la adición y tiene interés en no verse gravado con la herencia en el caso de que el fideicomiso pierda su valor, o puede también - comprender a los acreedores a los cuales según el rescripto de Antonino Pio citado en D. 36.1.11,2, se permite en casos similares la - venta de los bienes hereditarios.

Los indicios de interpolación, pues, son patentes.

El § 2 de D. 36.1.67, dice: Quia praetor cognita causa per erro-  
rem vel etiam ambitione iuberet hereditatem ut ex fideicommissis -  
restitui, etiam publice interest restitui propter rerum iudicatarum  
auctoritatem.

Quando el pretor, previa cognición de la causa, dice el texto, sea por error, sea por apresuramiento, dispusiera que se restituyese una herencia como en virtud de un fideicomiso, importa incluso por derecho público, a causa de la autoridad de la cosa juzgada, que se haga efectiva la restitución.

Biondi (97) sostuvo que la decisión del jurista fue cercenada y que debía considerarse interpolado desde etiam publice hasta aucto-

( 96 ) Sulla cautio Muciana applicata all'eredita, en BIDR 11 (1898-1900) pag. 266 nota (1).



ritatem. Mantuvo que el jurista no podía hablar de res iudicata en materia de la cognitio fideicommissaria que se agotaba en el ámbito del imperium del magistrado, por lo que la cuestión debió plantearse de forma diferente. Consideró absurdo etiam publice interest, afirmando además que sería muy extraño que la autoridad de la cosa juzgada fuera invocada con tanta energía en un caso de cognitio y presuponiendo que el pretor se había pronunciado erróneamente o ambitiose.

Bartosek (98) señaló como interpolado ut y rerum iudicatorum e interpoló praetoris ante auctoritatem, pero no le pareció absurdo, por el contrario, la referencia a etiam publice interest.

También cabe conjeturar que el error o el comportarse ambitiose no estuvieran referidos al pretor, sino que es él, el que viendo el error o la precipitación, ¿del testador? decide la restitución. El texto al ser resumido o al perder involuntariamente algunas palabras pasó a expresar un absurdo "sostenella y no emendalla". También es posible que, después de causa hayan caído las palabras et non. Con ese añadido el texto se hace más comprensible.

D. 36.1.67,3, dice: Si pupillo infanti restituere hereditatem - quia rogatus sit, si sponte adierit, etiam servo eius et ipsi pupillo tutore auctore restituetur hereditas: si quidem eo, quod fieri non potest, non magis ea re impediatur, quam in muto pubere volente sibi restitui hereditatem, si autem heres recuset adire hereditatem quemadmodum res expediri possit, difficile est, quia neque totore desiderante periculo pupilli adire hereditatem Trebelliano senatus consulto locus sit futurus neque pupillus ipse id desiderare possit, cum fieri non possit, quod aliquatenus circa mutos expediri potest, nam si auditus capaces sunt vel interrogati nutu possint significare velle se periculo suo hereditatem adire, quomodo absentes per nuntium,

(97) Appunti in torno alla sentenza nel processo civile romano, en Studi Bonfante 4, pag. 59.

(98) Il SC. Trebelliano, cit. pag. 335.

sed et infanti non dubito omnimodo subveniendum idque ex similitudine iuris civilis vel honorarii constituendum est; sive enim heres institutus esset, non dubie pro herede tutore auctore gerere posse videtur, sive de bonorum possessione ageretur, peti ei per tutorem posset, ideoque et heres compelli per tutorem potest adire et restituere hereditatem, quo exemplo et mutus, qui nihil intellegere potest per curatorem adiuvatur.

En este extenso párrafo se analizan varios problemas relativos a circunstancias modificativas de la capacidad que afectan a los fidei comisarios beneficiarios de un fideicomiso de herencia. Si el fiduciario que debe restituir la herencia a un pupilo infante hubiera - adido voluntariamente, puede restituirse la herencia incluso al escavo del pupilo o a este mismo con la autoridad del tutor, siendo - así que no está más impedido en esto el que no puede hacer declaraciones que el puber mudo que quiere que se le restituya una herencia. Más si el heredero se niega a adir la herencia, resulta difícil - arreglar la cosa, porque si el tutor solicita que el heredero haga - la adición de la herencia a riesgo del pupilo, no se aplicará el SC. Trebeliano, (99) y tampoco puede el mismo pupilo solicitarlo, ya - que nada puede declarar. Lo cual debe resolverse de algún modo en el caso de los mudos cuando pueden oír y pueden, si se les interroga, - decir con un gesto que quieren que se haga la adición de la herencia a su propio riesgo como hacen los ausentes por mediación de un mensajero, pero creo sin duda, dice Meciano, que hay que encontrar remedios también para el infante y que debe hacerse por analogía de derecho civil u honorario, pues cuando se le instituye heredero parece - indudable que puede hacer gestión como heredero con la autoridad de su tutor, y si se trata de la bonorum possessio puede el tutor pedir la para él. Por lo tanto el tutor puede obligar a que el heredero haga adición de la herencia y la restituya. Y con este precedente, también el mudo que carezca de inteligencia puede valerse del curador.

(99) Hay que entender, como señaló Lenel, que Meciano citaba aquí - el SC. Pegasiano y no el Trebeliano. Vid. Pal., I, nota (1) - col. 580.

¿Puede el tutor del pupilo infans o ausente recibir la restitución de un fideicomiso de herencia? ¿Podrá instar al pretor para que coaccione al heredero fiduciario a que adquiera la herencia y posteriormente la restituya? Estos parecen ser los problemas de fondo.

Justiniano respondió a esta cuestión en una constitución ya vista por nosotros cuando analizamos D. 36.1.1.8, texto de Ulpiano en el que se citaba a Meciano, y el emperador (C. 6.49.7, pr.) respondió de forma afirmativa: Sancimus licentiam esse etiam soli tutori recte fieri fideicommissum nomine universitatis restitutionem, quod pupillum relictum est et sine onere fideiussionis, ubi tamen pupillus fieri non possit vel abesse noscitur, ne, dum nimia subtilitatis, circa res utimur pupillares, ipsa subtilitas ad perniciem eorum revertatur. Aquí, como se ve, se exonera incluso al tutor de prestar caución.

A De Francisci (100) esta solución imperial le hizo pensar que la cuestión fue debatida, pero creyó que debía considerarse clásica la solución que reconocía al tutor la facultad de obtener la restitución en el caso del pupilo infans en base al texto que estamos comentando. De la primera parte del mismo extrajo la conclusión de que para Meciano la dificultad era puramente de hecho. También le interesó la segunda parte del texto aunque admitió la posibilidad de que estuviera interpolada (101) porque en ella Meciano, lo mismo que haría Ulpiano en el texto ya examinado, a no ser por la intervención compilatoria, expresa la necesidad de una intervención imperial para eliminar algunas incertidumbres. Meciano propone la analogía con el ius civile que permite gerere pro herede y con el ius honorarium que concedía al tutor la facultad de pedir la honorum possessio. Concluye por lo tanto Meciano constituendum esse que el tutor del infans puede accionar con el fin de que el heredero adquiera la herencia y restituya, por lo que si el texto no ha sido manipulado la solución propuesta por el jurista está de acuerdo con la del emperador.

(100) Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana, loc. cit. págs. 30 y ss.

(101) Señaló como tal, aparte del Trebelliano que ya hemos indicado desde aliquatenus hasta nuntium y el periodo final quod exemplum — adiuvetur.

En cuanto al problema del tutor del ausente posiblemente fuese discutido en términos parecidos, pero no se encuentran rastros en las fuentes dignos de confianza. Justiniano, decía De Francisci, decidió como en el caso del infans, que también estando el infans ausente se podía restituir al tutor; y, naturalmente, extendió la disposición al caso del curator furiosus.

Nos encontramos pues con otro texto en el que los compiladores extendieron una solución clásica a supuestos, no diremos que no clásicos, pero por lo menos no contemplados. Ahora bien, de haberlos tenido presentes ¿hubiesen llegado a una solución diferente los juristas clásicos? Nosotros creemos que teniendo en cuenta la tendencia favorecedora del cumplimiento de los fideicomisos, procurando en todo momento que la restitución se llevara a cabo, las soluciones dadas por los juristas clásicos no hubieran sido muy diferentes.

El último § de D. 36.1.67, que cierra el libro V, dice: Si singulae res ab herede traditae sunt iussu meo ei cui eas vendiderim. non dubitamus mihi intellegi factam restitutionem idem erit et si iussu meo tradantur. cui ego ex fideicomisso aliave qua causa eas praestare deberem vel in creditum ire vel donare voluerim.

Si el heredero entrega las cosas hereditarias con mi autorización a aquel a quien yo se las había vendido, no dudamos, dice Meciano, - que se entiende que me ha hecho a mí la restitución. Lo mismo ocurre cuando se entregan con mi autorización a una persona a quien yo las debía entregar a causa de un fideicomiso o por otra causa o a quien quisiera yo dejar la cantidad debida como prestada o donada.

Se examina, pues, supuestos en los que el fideicomisario beneficiado con la restitución de la herencia da instrucciones al heredero fiduciario respecto de a quién debe hacer la restitución. Y la conclusión a la que se llega es que el fiduciario, siguiendo las instrucciones recibidas del fideicomisario cumple con su obligación de restituir. Y los efectos de esta entrega, se aclara, son los mismos que - si la restitución se la hubiera hecho al fideicomisario.

El texto nos parece completamente genuino y nos extraña su ubicación junto a otros temas más complicados. Esto creemos que confirma nuestras sospechas de manipulación de los §§ anteriores con los que éste, para nosotros original, no guarda la relación armónica que cabría esperar entre las partes que componen la exposición de un mismo autor.

El primer texto que aparece en la reconstrucción del libro VI (*De fideicommissariis hereditatibus* III) es D. 36.1.5: Sed et qui magna praeditus est dignitate vel auctoritate, hereditatem vel eius mulieris quae corpore quaestum fecerit, hereditatem restituere cogatur.

Nos habla aquí Meciano de la obligación que tiene el heredero gravado con un fideicomiso de herencia de restituir la misma al fideicomisario y nos dice que incluso el fiduciario que ostenta una gran dignidad o autoridad está obligado a restituir la herencia de un gladiador o de una mujer que trafica con su cuerpo (prostituta).

Suponemos que Meciano quiere decir que en caso de negativa de estos fiduciarios de gran dignidad a restituir la herencia de estos causantes, el pretor podrá obligarles a hacerlo en virtud de lo dispuesto por el SC. Pegasiano.

El texto nos parece genuino, aunque creemos que está mutilado. La interpretación que ofrecemos se basa en su ubicación en el Digesto - En D. 36. 1.4, Ulpiano hablaba de la posibilidad que tiene el fideicomisario de forzar al fiduciario para que pague la herencia. En este, se dice que el fiduciario de gran autoridad o dignidad está obligado a restituir la herencia de un gladiador o de una prostituta. Si no lo hace voluntariamente, se le podrá obligar a realizarlo. (102).

---

(102) Se dice en el texto de Ulpiano que hemos citado que "con razón no debe exigirse del heredero instituido que diga por qué teme o no quiere adir la herencia, siendo como son tan vanas las motivaciones de la voluntad humana: unas veces por temer cargarse de negocios, otras por desprecio..."

A continuación Lenel recogió el parecer de Meciano merced al testimonio de tres párrafos extraídos de dos textos de Ulpiano 4 fidei. (D. 36.1. 15, 7 y 8; D. 36.1.17, pr.) en los que se siguen tratando temas relativos al heredero y su obligación de restituir la herencia.

Los pasajes son : § 7 ... qui "hereditatem" rogatur restituere, is -  
demum compellitur restituere. § 8 Sed et si quis "bona" rogatus sit  
vel "familiam" vel "pecuniam" rogatur vel "universam rem meam" (103)  
eod. 17, pr., cogi poterit: hoc idem et si "patrimonium" fuerit ro-  
gatus et si "facultates" et si "quidquid habeo" et si "censum meum"  
et si "fortunas meas" et si "substantiam meam", et si "peculium meum"  
testator dixerit, quia plerique "patrimonium suum pe-  
culium dicunt, cogendus erit: de successione enim sua et hic rogavit  
neq. ignoro in quibusdam ex his Maecianum dubitare et voluntatis esse  
dicere quaestiones, utrum de pecunia tantum an et de successione tes-  
tator senait (104).

Solo puede ser obligado a restituir el fiduciario a quien se ha encomendado que lo haga. Lo afirmado aquí es obvio. En esto no se diferencia el fideicomiso de herencia de las demás figuras de fideicomiso. Se deduce también de aquí que el objeto del fideicomiso de herencia puede ser la herencia entera. (105).

En nuestra opinión, este § 7 es genuino.

Pero también puede ser obligado el fiduciario si se le ruega restituir "los bienes", o "la cosa familiar", o "la pecunia" o "todas mis cosas".

Aclara aquí Ulpiano algunos términos utilizados por los causantes que encomendaban la restitución y que podían resultar difíciles de -

(103) D. 36.1.16, contiene solo 3 palabras extraídas del libro II de fideicommissis de Paulo, vel "omnia sua"

(104) D. 36.1.17, pr. termina así: in ambiguo tamen magis de succe-  
sione sensum dico, ne in-tercidat fideicommissum.

(105) Así lo hace Voci, en Diritto ereditario, cit. II, 2, nota (31) pag. 350.

comprender, como "los bienes", "la cosa familiar", etc., y que deben entenderse lo mismo que si se hubiera encomendado restituir la herencia.

Creemos también que este texto es genuino.

Ulpiano sigue aclarando términos en la línea comenzada en el § anterior: "el patrimonio", "sus recursos", "todo lo que tengo", "mi censo", "mis fortunas", "mi substancia". También debe el heredero ser obligado, continua, si el testador hubiera dicho "mi peculio" porque muchos llaman peculio a su patrimonio por disminución, y también este causante se refirió a su sucesión. No ignoro, decía Ulpiano, y de aquí Lenel extrajo que Meciano se refirió también a estos términos, que Meciano duda respecto a alguna de estas expresiones, afirmando que se trataba de interpretar la voluntad del testador. Así pues, mientras a Ulpiano no le producían ningún tipo de dudas esas expresiones y las equipara a la restitución de la herencia entera, Meciano, en su monografía, propondría analizar caso por caso e investigar en cada uno la voluntad del causante. Cada jurista nos presenta la expresión de un estado de opinión en sus respectivos momentos históricos. Meciano propone indagar, en los casos dudosos, su puesto por supuesto, y averiguar la voluntad del causante, con lo cual se vencería la posible resistencia de algunos fiduciarios. En tiempos de Ulpiano, afirma el jurista sin ningún tipo de dudas que cuando el causante ha empleado alguna de estas expresiones ha querido encomendar un fideicomiso de herencia.

Pero el texto tiene aún otros aspectos interesantes ya que es una muestra de otra forma de burlar las exigencias del ius civile. Este determinaba que el causante no podía imponer a su heredero la institución de un heredero por su parte, pero mediante el recurso del fideicomiso podían obtenerse los mismos resultados, impidiendo al heredero instituido una libre actuación con los bienes recibidos, encargándole la restitución de los mismos a una persona determinada.

Las estipulaciones que meraban la libertad en las disposiciones de última voluntad estaban prohibidas, pero con el fideicomiso se obtenían, como hemos podido observar, resultados similares.

Decía Clemente de Diego (106) que los romanos, maestros en trans-  
formar conservando, no declaran derogados los principios que a toda  
costa querían salvar, y por ello no admitieron que se pudiese rogar  
a alguno formalmente que instituyera heredero a otro y que así lo -  
enseña Ulpiano en nuestro texto, pero que también, con vista en re-  
sultados prácticos, no se atrevieron a declarar nula la cláusula, -  
sino que se interpretó en el sentido de que se rogaba al heredero -  
que restituyera la herencia a aquel que el disponente rogó que fuera  
instituido. Y en este sentido hay que interpretar también D. 30.114.6  
Marciano 8 Inst.: Ut quis heredem instituat aliquem rogari non po-  
test: plane sonatus censuit perinde habendum, atque si rogasset he-  
reditatem restitui.

Creemos que D. 36.1.15, 7-8 y eod. 17 pr. son substancialmente clá-  
sicos. Beseler (107) sospechó del período de sucessione — rogavit.  
Albertario (108) afirmó que patrimonium como similar a objeto de la  
herencia está interpolado y que es Justiniano el que equipara fami-  
lia y substantia hereditatis. En su opinión, la equiparación entre -  
familia y patrimonium no se produjo hasta una época tardía y que -  
por supuesto no es clásica. Podría ser que se hubiera utilizado el -  
texto para efectuar esta equiparación. Pero también hay que tener en  
cuenta que en el mismo se nos exponen las dudas de Meciano que se re-  
mite al estudio del caso concreto y que Ulpiano lo admite en el cam-  
po de los fideicomisos de herencia.

Lonel situó a continuación cuatro párrafos pertenecientes al li-  
bro IV fideic. de Ulpiano en los que este jurista sigue citando a -  
Meciano, D. 36.1.17, 3, 6, 8 y 9.

D. 36.1.17, 3; dice en la parte que nos interesa: ... quacritur, -  
si quis hereditatem rogatus sit restituere deducto aere alieno vel -

(106) El fideicomiso de eo quod supererit en derecho Romano, cit. -  
pag. 43.

(107) Et idcō - declarare - hic, en SZ 51 (1931) pag. 74.

(108) Recensión a la edición de Kubler de las Instituciones de Gayo,  
en Studi VI, pag. 571.



deductis legatis, an suspectam dicens cogi possit adire et restituere hereditatem, quia vi ipsa magis id quod superest ex hereditate - quam ipsam hereditatem restituere sit rogatus, et sunt qui putent, - ut Maecianus, inutilem esse hanc deductionem: nec enim posse ex iure deduci quantitatem, non magis quam si fundum quis deducto aere alieno vel deducti legatis restituere sit rogatus: neque enim recipit - fundus aere alieni vel legati minutionem, sed Iulianum existimare - refert Trebelliano senatus consulto locum esse et, ne dupliciter fideicommissarius oneretur, et cum heres aere alienum vel legatum deducit et cum convenitur a creditoribus et legatariis, restituta sibi ex - Trebelliano hereditate debere aut deductionem eum non pati ab herede aut cavere illi heredem defensum iri cum adversus legatarios ceteros que.

Para comprender mejor el problema que se plantea en el texto tenemos que analizarle conjuntamente con el § anterior que es de donde - arrancan las cuestiones que en éste se dilucidan. Decía Ulpiano en - D. 36.1.17,2: Et generaliter autem notes dici ita demum quem non posse cogi adire et restituere hereditatem, si de re vel quantitate fuerit rogatus: ceterum si de universitate sensisset testatorem rogare, nulla quaestio est, quin, sive suspectam dicat, cogi possit, - sive sponte adit, ex Trebelliano transeant actiones.

Puede decirse, como regla general, que solo no puede ser obligado a adir y restituir la herencia el que fue gravado con un fideicomiso de cosa o cantidad de dinero determinados. En cambio, si resulta que el testador había pensado en toda la herencia no hay duda de que, si el heredero la declara sospechosa, puede ser obligado, y que si la - adió voluntariamente, pasan las acciones en virtud del SC. Trebelliano.

Este es el planteamiento general que coincide con lo que dijimos anteriormente respecto a que el objeto de un fideicomiso universal - puede ser la herencia entera o una parte de ella. Por ello, si el objeto resulta ser una cosa o cantidad de dinero determinada se afirma que el heredero no puede ser obligado a adir y restituir. Pero en el § 3 se pregunta Ulpiano si cuando el fideicomiso es con deducción -

de las deudas y de los legados, el que declara sospechosa la herencia podía ser obligado a adirla y restituirla ya que el fideicomiso por sí mismo se reduce a lo que queda de la herencia más que a la herencia misma. Y es en este momento cuando Ulpiano acudió al parecer de Meciano según el cual tal deducción era inútil porque no podía - en derecho deducirse una cantidad de la herencia, como tampoco si se rogara restituir un fundo con deducción de las deudas o de los legados, pues tampoco un fundo permite la deducción (de la cuarta, hay - que suponer) de las deudas y de los legados. Pero dice Ulpiano que - refería Meciano que según Juliano, se aplicaba el SC. Trebeliano, y que para no gravar doblemente al fideicomisario cuando el fiduciario deduce las deudas y el legado y cuando le demanden los acreedores y legatarios una vez que fue restituida la herencia por el Trebeliano, o no sufra la deducción a favor del heredero, o bien le de este caución de defenderle contra los legatarios y demás.

Pero la genuinidad del primer § (D. 36.1.17,2) ha sido muy contestada. La discusión se centra en la utilización del término universitas referido en este caso al fideicomiso y que la mayoría de los romanistas consideran posclásico o justiniano (109). Intentó Bonfante demostrar que el concepto de universitas para representar a la herencia como un objeto único de adquisición y explicar los fenómenos - particulares que presentaba, principalmente el suceder en las deudas pasó a la compilación justiniana desde las escuelas heleno orientales y por lo tanto era un concepto extraño para la jurisprudencia clásica, la cual, de un modo más adecuado y realista resumía aquella particularidad declarando que el heredero reemplazaba en la posición jurídica al difunto, succedit, succedit in ius, in locum et in ius. Consecuente con esta postura sospecho de la interpolación de los textos en los que aparecía el término universitas, bien referido al patrimonio hereditario, al fideicomiso etc.

(109) Vid. en este sentido, Longo, Sull'origine della successione particolare nelle fonti di diritto Romano en BIR 14 (1902) pags. 127-202 y 224-275, y BIR 15 (1903) pags. 283-309; Bonfante, - La successio in universum ius e l'universitas, en Scritti Giuridici Varii, I, Famiglia e successione, Turin, 1926, pags. 250-306, y La formazione scolastica delle dottrine dell'universitas en loc. cit. pags. 307-323; Albertario, Actio de universitate e actio specialis in rem, Studi IV, pags. 65-113, entre otros.

He aquí los argumentos favorables a tal postura:

En cuanto al fideicommissum universitatis, (110) en todo el extenso tratamiento que de esta figura hizo Gayo (II. 246-259) esta expresión no aparece ni una sola vez sino que siempre se denomina fideicommissum hereditatis. En las Instituciones de Justiniano (3, 23) - que en esto siguen al pie de la letra a Gayo no aparece sino en el § 12 que es obra compilatoria, y en el Digesto solo aparece en D. 36.1.17,2, de Ulpiano, texto que lleva en todas sus palabras, en el tipo de resumen final, la huella del estilo justiniano. La última parte, sive suspectam dicat, sive sponte adit, por la disconcordancia gramatical y probablemente también por la poca armonía jurídica con el ordenamiento clásico en el cual se debía destacar en este caso la oposición entre el SC. Pegasiano y el SC. Trebeliano, la estimó interpolada Lenel (111). Afirmó además Bonfante que considerando en todo el contexto el razonamiento ulpiano (D. 36.1.15, 5-8 y D. 36.1.17), se ve como aquél discurso final es, por lo menos, ocioso, y como el término universitas aparece súbitamente como nuevo y es extraño para Ulpiano. La cuestión, en su opinión, está en saber si el fideicomiso es verdaderamente hereditatis, esto es, con todas las cargas, o bien es pecuniario, porque en este último caso sería injusto constreñir al fiduciario a la adición y a la restitución pues para las cargas sigue estando obligado. Ahora bien, se preguntaba Bonfante, -¿cómo interpretar el ruego de restituir bona o familiam o pecuniam o universam rem meam o patrimonium, facultates y similares? ¿se debe entender, -insistió Bonfante- que el fideicommissum sea de "successio ne" y por lo tanto constreñir al fiduciario a la adición, o se debe entender que el fideicomiso sea de pecunia?

Y a estos interrogantes respondió: se podrá constreñir a la adición (cogit poterit cogendus est) porque el ruego se refiere a la sucesión; pero añade Ulpiano remitiéndose a la autoridad de Meciano -

(110) La successione in universum ius..., cit. pags. 270 y ss.

(111) Vid. Pal., nota (6) col. 915.

que en algunos casos la cuestión puede ser dudosa y es una cuestión de interpretación de la voluntad (voluntas quaestio). En la duda, - sin embargo, es preferible mantener la sucesión para que no decaiga el fideicomiso (in ambiguo tamen magis de successione sensum dico, - ne intercidat fideicommissum). La cuestión, con lo expuesto, está - concluida para Bonfante. ¿Para qué añadir después, -se preguntó-, generaliter autem ... etc.? Y llegó a la conclusión de que este período añadido es una decisión legislativa que quiere cortar el paso a - las dudas. La distinción solemne con la cual se quería establecer un criterio claro y seguro, el nulla quaestio est, no armoniza con las palabras y con el tono del razonamiento de Ulpiano. ¿Y cómo dejar - fuera la adición voluntaria si lo importante de la cuestión era precisamente la coacción eventual a la aditio? ¿Y como Ulpiano estimó - que era más claro decir de universitate sensu en vez de successione cuando consideraba como una expresión equívoca universam rem rem? La respuesta a estas interrogaciones es que esta seguridad no puede venir a la mente sino de quien tenía en el ánimo este nuevo y extraño sentido de universitas, para quien debe equivaler a successio, hereditas.

Esa nueva terminología reflejaría en cuanto al fideicomiso universal el espíritu de la reforma justiniana según la cual el fideicomisario está siempre heredis loco, y se traspasa siempre el patrimonio del difunto con las deudas y los créditos correspondientes ex Trebelliano, abolida la duplicidad del SC. Trebelliano y del SC. Pegasiano.

A las conclusiones de este profundo análisis se adhirió Albertario que consideró como Bonfante interpolado todo el párrafo (112). Para Beseler (113) el mismo es una manifiesta paráfrasis.

(112) Actio de universitate..., loc. cit. pag. 71. En nota (1) pag. 66. señaló que muchos romanistas, entre otros Perozzi, Pachioni, Scialoja, etc. están de acuerdo con la interpolación señalada por Bonfante.

(113) Romanistische Studien, en TR 10 (1930) pag. 187.

Como hemos dicho, el análisis de Bonfante nos parece profundo, pero quizás la conclusión de considerar todo el texto interpolado sea desmedida. Evidentemente la redacción del mismo rezuma sabor bizantino: esa generalización, esa distinción, la referencia a de universitate sensisse, el periodo final señalado por Lenel, demuestran que el texto fue manipulado, quizás ampliamente, por los compiladores. - Pero, sin embargo, no nos parece tan extraño como a Bonfante el argumento lógico utilizado por Ulpiano. Ya vimos que en D. 36.1.15,7, - Ulpiano hablaba del fiduciario a quien se podía compeler para que - restituyera la herencia. ¿Qué tiene de extraño el que Ulpiano se preguntara después a qué fiduciario no se le podía compeler a restituir? Que la respuesta esté manipulada, como así lo admitimos, no nos impide afirmar que el quid de la cuestión puede tener origen clásico.

La crítica del § 3 ha levantado menos sospechas. Betti (114) reconstruyó el periodo final añadiendo deductione facta entre aut y cavere illi... Boseler (115) atendiendo a la posible interpolación - de dupliciter añadió refert tras ut Maecianus y señaló que en vez de Trebelliano debería aparecer Pegasiano, suprimiendo la referencia a dupliciter continuando la frase en debere aut deductionem, restituyendo fideicommissarium en vez de eum.

El § 6, dice: Sed et si miles rogaverit quom res italicas restituere vel res provinciales, dicendum est suspectam dicentem coram adi re et restituere: nam, ut eleganter Maecianus libro sexto fideicommissorum ait, qua ratione ex certa re miles heredem instituere potest actionesque ei dabuntur, pari rationem etiam ex Trebelliano transiunt actiones: et quamvis placeat, cum quis hereditatem bonaque, quae sibi ab aliquo obvenierunt vel quae in aliqua regione habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transeant actiones, tamen contra responderi in militis testamento ait: nam sicuti concessum est inquit, mi-

(114) Esercitazione romanistiche su casi pratici, I, anomalita del negozio giuridico, Padua 1930 pags. 29 y ss. en donde realiza un análisis de las cuestiones planteadas.

(115) Miszellen, en SZ 47 (1927) pag. 370.

litibus circa institutionem separare species bonorum. ita et, si per fideicommissum ab institutis heredibus id fecerit, admitteretur Trebellianum senatus consultum.

Aquí el problema planteado se centra en un fideicomiso de herencia encomendado por un militar, con las especialidades que trae consigo en consideración a las circunstancias personales del causante. Dice Ulpiano que si un militar hubiera rogado la restitución de su patrimonio itálico o del provincial, debe afirmarse que si el heredero declara sospechosa la herencia debe ser obligado a adirla y restituirla, pues como decía Meciano, 6 de fideic., por la misma razón que un militar puede instituir un heredero en cosa cierta y se dan las acciones a tal heredero, pueden pasar también las acciones en virtud del Trebeliano; aunque cuando el fideicomiso es de los bienes que le provengan de otra persona o que tenga en alguna región, no pasaban las acciones por el Trebeliano, decía Meciano que del mismo modo que se concede a los soldados la institución de heredero en objetos determinados, así también se admite el SC. Trebeliano si dejara tal fideicomiso a cargo de los que instituyó herederos.

Como se ve, hace Meciano una distinción entre el testamento de los militares y el testamento de los paisanos, y así como a los militares la institución de heredero en objetos determinados, también se admitía la aplicación del SC. Trebeliano en estos casos estudiados que, de no ser militar el causante, no se admitirían.

Lenel (116) señaló que la última referencia que se hace al SC. Trebeliano incluiría también al SC. Pegasiano, lo cual consideramos acertado puesto que en el texto se está hablando de la aplicación y de los efectos de los dos SS.CC. Beseler, por su lado, (117) sospechó de varias partes del texto, entre ellas del periodo final nam si-

(116) Pal. II, nota (2), col. 926

(117) Hazzen, en SZ 47 (1927) pag. 376, y Beitrage... 3, pag. 54 y 55, y 5, pag. 59.

cuti concessum — Trebellianum senatus consultum, proponiendo una -  
reconstrucción en la que se suprimen las referencias a las opiniones  
de Meciano.

Nosotros pensamos que el texto es substancialmente clásico. Que -  
es muy probable que Ulpiano acudiera a Meciano y que este realizara  
esas distinciones entre el testamento militar y el testamento de un  
paisano.

Vamos a analizar a continuación D. 36.1.17,8 y 9, en los que se -  
cita también a Meciano y se tratan temas conexos: § 8: Maecianus scri-  
bit: cum quis ex fideicommissariis abesset et praesentes desideret  
quo periculo adire hereditatem tranlatisque in solidum actionibus in  
eum qui coegit absentes, si velint fideicommissum suscipere, a pre-  
sente petenti consequenter ait nec quartam eum retenturum adversus  
fideicommissarios suos, qui nec heres potuit. § 9: Idem Maecianus  
quaerit, an is, qui duobus vel pluribus rogatus est restituere here-  
ditatem cogente aliquo adire possit et in horum, qui id non deside-  
raverunt, portionibus Falcidia beneficio uti, sive ipsi quoque de-  
siderent sive restitui sive alius in locum eorum successerit, et cum  
hodie hoc iure utimur, ut totum transeat ad eum qui coegit, consequens  
erit dicere quartae retentionem amisisse eum qui coactus est, quis  
in solidum actiones tranlerint in eum qui coegit, plane si proponas  
fideicommissarium non ita cogisse, ut tota hereditas in se transfe-  
tur: cum coegerint ceteri desiderare sibi restitui hereditatem, dicen-  
dum Falcidia eum uti posse, recte igitur Maecianus ait multum intere-  
sse, utrum totam restitui hereditatem sibi fideicommissarius desido-  
raverit an suam tantummodo partem, nam si sola pars transfertur, in-  
residuo Falcidia erit locus: si tota hereditas translata sit, cessat  
huius legis beneficium.

Como se ve Meciano mantiene lo siguiente: como uno de los fideico-  
misarios (hay que entender, por lo que luego se dice, que se está re-  
firiendo a un fideicomisario que estaba presente mientras los demás  
estaban ausentes) pidiera que la herencia fuera adida a su propio -  
riesgo, y una vez traspasadas las acciones contra el que exigió la -  
adición, los fideicomisarios que estaban ausentes desearan recibir -

el fideicomiso, estos deben reclamar al fideicomisario que estaba presente que se lo entregue. Y en consecuencia, también según Meciano, tampoco el fideicomisario presente podía retener la cuarta frente a los otros fideicomisarios, pues no podía hacerlo el heredero (puesto que adió la herencia constreñido por el fideicomisario que se encontraba presente). El problema conexo se expone en estos términos: el mismo Meciano se plantea la pregunta de si el heredero al que se rogó la restitución de la herencia a dos o más fideicomisarios, al exigirlo uno de ellos puede adir y hacer uso del beneficio de la (cuarta) Falcidia incluso respecto de las porciones de los que no le exigieron, tanto si desean recibir el fideicomiso como si otra persona les hubiese sucedido en su lugar. Como hoy seguimos la práctica (párrafo que sigue diciendo Meciano) de que pase todo al que exigió (la adición y la restitución) será consecuente decir que perdió la retención de la cuarta el heredero que fue obligado, porque las acciones pasaron por entero al que lo exigió. Seguidamente se estudiaba otro presupuesto: el de un fideicomisario que no exigió que se le restituyera la herencia entera. Al pedir los otros fideicomisarios que se les restituya la herencia habría que decir que puede aquél hacer uso de la deducción de la cuarta Falcidia. Para Meciano hay mucha diferencia entre que el fideicomisario haya pedido que se le restituya toda la herencia o tan sólo una parte, pues si solo se transmite una parte se aplica la cuarta Falcidia en el resto; en cambio, si se transmite la herencia entera, cesa el beneficio de esa ley.

En nuestra opinión, los dos textos son de una coherencia digna de tenerse en cuenta. Parece claro que Meciano trató estos problemas con profundidad y que Ulpiano, conocedor también profundo de la obra de aquél, se sirvió de ella para elaborar el tratamiento que estaba haciendo sobre el tema. Creemos por lo tanto que los textos son clásicos. (118) También le merecieron esta opinión a Bartosok (119) que afirmó la genuinidad del § 8 al considerarle conforme sustancialmente con el coherente y para él int. to § 9.

(118) Incluso teniendo en cuenta las modificaciones señaladas en la condición del Digesto de Mommsen-Kruger, notas (17) a (20) pag. 565.

(119) Il. Sc. Trebelliano, loc. cit. pag. 329.



Pero la opinión sobre la genuinidad de los textos no ha sido mantenida unánimemente, destacándose entre los que les consideran interpolados Beseler (120) y Albertario (121). Señalaremos sucintamente las partes que fueron objeto de sospechas. Beseler anotó como alteraciones desde abesset hasta periculo; el supo que aparece tras fidei-commissarios; vel pluribus; el aliquo tras coegente que propone sea substituido por altero; desde horum hasta portionibus; sive lo convirtió en si; ipsi en ipse y desiderent en desideret, suprimiendo desde sive alius hasta successcrit. Suprimió también desde cum hodie hasta uti possé; consideró un añadido la referencia a Meciano en recte iuratur Maecianus ait y suprimió finalmente desde si tota hereditas hasta legis beneficium. Y todo ello porque consideró a los textos como una paráfrasis. Estas sospechas nos parecen exageradas.

Albertario se centró sobre todo en considerar manipulado el período et cum hodie — cum qui coegit, basándose en su sospecha, ya conocida por nosotros, de que siempre que en la compilación justiniana aparece el término hodie sin hacer mención a la fuente de derecho a la que hace referencia, es un uso compilatorio y señal de que nos encontramos ante una intervención compilatoria. En este caso no le ofrecieron ninguna duda de interpolación las palabras y las construcciones que aparecen en el período, fijándose especialmente en el totum sin sustantivo al que referirse.

Seguimos creyendo a pesar de esto en la claridad del texto, aún admitiendo algunos retoques posibles que no afectarían en nada a la substancia del mismo. No sabemos además si Albertario tuvo en cuenta que suponiendo que el texto fuera original el primero que lo manipuló en cierta medida fue el propio Ulpiano que, separándolo del contexto en que Meciano le había situado, incluyó parte de sus argumentos en el desarrollo doctrinal que él estaba realizando. Pensamos — que si se tiene en cuenta ese hecho no es de extrañar tanto que ese totum no tenga sustantivo al que referirse. Y esta también puede ser

(120) Beiträge... 2, pag. 102-103 y Textkritische Studien, en SZ 53 (1933) pag. 33.

(121) Hodie en Studi VI, pags. 134 y 141, y Recensión a Beiträge, 2 de Beseler, en Studi VI, pag. 539.

una de las causas de algunas de las muchas alteraciones que con su - proverbial desconfianza hacia la labor de los comisionados justinianeos señaló Beseler. Antes de la compilación realizada por los juristas bizantinos hubo otras postclásicas, pero tampoco debemos olvidar que los juristas clásicos tardíos se caracterizaron también por su - labor de recopilación y comentario a las obras de sus antecesores. Y que en esa tarea de recopilación también pudieron incurrir a veces - en algunos de los errores que se han achacado generalmente a los comisionados justinianeos.

Lenel situó al comienzo del libro VII de Meciano, de fideicommissariis hereditatibus, IV, D. 28.5.87. El título 5º de D. 28, está - dedicado a la Institución de heredero. Dice así el principium de este fragmento: Iam dubitari non potest quos quoque heredes sub hac - condicione instituit posse, ut, si voluissent, heredes essent, si heredes non essent, alium quem visum erit eis substituere: negatumque hoc cum necesse esse sub contraria condicione filium exheredare, primum quia tunc tantum id exigiretur, cum in potestate eius non esset, an heres patri existeret, expectantis extrinsecus positae condicione eventum, deinde quod, etsi quicumque posita condicione deberet, filius sub contraria condicione exheredari, in proposito ne possibilis quidem reperiri posset, certe, si verbis exprimeretur, ineptus fieret: hinc enim condicioni "si volet, heres esto" quae alia verba contraria concipi possunt quam haec "si nolet heres esse, exheres esto? quod quam sit ridiculum, nulli non patet.

El texto se refiere a la institución de heredero y se extiende en diversas consideraciones relativas a la institución de heredero bajo condición, subrayándose que también los herederos por derecho propio se pueden instituir con la condición de que sean herederos "si quisiesen", y si no fueran herederos, los sustituiría el que (el testador o causante, hay que suponer) quiera. Se niega que en este caso sea necesario desheredar al hijo bajo la condición negativa (de no querer ser heredero). Primero, porque solo se exigiría la desheredación cuando no dependiera del hijo el ser o no heredero de su padre, (es decir) cuando debiera esperar el cumplimiento o incumplimiento de una condición casual que se le impuso; en segundo lugar, porque si el hijo

instituido bajo cualquier condición debiera ser desheredado bajo la condición contraria, en este caso no se podría hallar la condición adecuada, ya que, si se formulase, resultaría absurda, pues ¿qué términos contrarios a la condición "sea heredero si quiere" pueden concebirse que no sean "quede desheredado si no quiere ser heredero"? (lo cual a todos se manifiesta que es ridículo).

El § 1º sigue tratando de estos temas: Non ab re autem hoc loco - velut excessus hic subiungatur quia ita heredibus institutis "si - voluerint heredes esse" non permittendum amplius abstinere se hereditate, cum ea condicione instituti iam non ut necessarii, sed sua sponte heredes extiterunt, sed et ceteris condicionibus, quas in ipsorum sunt potestate, si sui parent, ius abstinendi adsequi non debent.

Se destaca que no es superfluo traer aquí a colación que cuando se instituye a herederos por derecho propio añadiendo "si quisieren ser herederos" luego no se les permite abstenerse de la herencia, ya que instituidos con esa condición no son herederos necesarios, sino voluntarios; asimismo, si los herederos por derecho propio cumplen cualquier otra condición potestativa, no pueden ejercitar luego el derecho de abstenerse de la herencia.

Como vemos, se alejó aquí Ulpiano del tema central de su monografía -los fideicomisos-, para adentrarse en la institución y desheredación de los sui heredes, y la posibilidad de que esta institución sea hecha bajo condición. No nos extraña que Meciano tratase de estos temas, pero creemos que de algún modo les reconduciría al tratamiento de los mismos en relación con los fideicomisos y esa parte es la que no nos ha llegado. Por ello, y como primera aproximación, diremos que el texto está cercenado. Pero además, para Beseler (122) - está claramente interpolado, tan claramente que no estimó necesario dar ninguna explicación al respecto, señalando como producto de la -

(122) Miscellanea, en SZ 45 (1925) pags. 259-260-261.

interpolación todo el principium y desde non ab re hasta subiungetur del § 1. Suprimió además del último periodo sed et y el non anterior al debent, y propuso añadir causa cognita antes de ius abstinendi.

A nosotros toda la exposición del principium nos parece bastante barroca y escolástica con sus repetidas distinciones. Sospechamos - también por ello la intervención compilatoria, y hubiera sido de desear que Beseler hubiera sido más explícito y nos hubiese indicado - concretamente los motivos de sus sospechas.

El siguiente texto, D. 28.6.44, pertenece a Paulo 10 quest. (123) y en él se cita a Meciano: Ex pupillari testamento superius principia neque ex parte neque in totum confirmari posse Maecianus scripsit.

El título del Digesto en el que aparece el texto está dedicado a la sustitución vulgar y a la pupilar, y dice Paulo que escribió Meciano que el testamento anterior principal no se puede confirmar ni parcial ni totalmente por el que contiene la sustitución pupilar.

El tema tratado sigue estando alejado de los problemas relativos al fideicomiso. Seguimos pensando que de alguna manera Meciano relacionaría los argumentos que estaba exponiendo con algún problema en el que apareciese nuestro instituto implicado (124) porque otra posibilidad sería que el fragmento no perteneciera a la monografía sobre

(123) Lenel, Pal., I, nota (5) col. 1207 aclara que libro decimo - (I pro II) inscr. F. Que el fragmento pertenece a un tratamiento sobre fideicomisos lo expresa Lenel de la siguiente forma: Ad fideicommissa hoc fr. pertinere indicat nomen Maeciani.

(124) El mismo Paulo en D. 28.6.38,6 (lib. sing. de secundis tabulis) trata en cierto modo un asunto relacionado con este en el que ya entra en juego un fideicomiso: Si a patre institutus rogatusque hereditatem restituere coactus ex fideicommissario adierit quavis cetera, quae in eodem testamento relicta sunt, per eam aditionem confirmantur, ut legata et libertates, secundas tamen tabulas non oportere rescitari destituto iam iure civili testamento Quintus Cervidius Scaevola noster dicebat, sed plerique in diversa sunt opinione, qui et pupillares tabulae pars sunt prioris testamenti, quo iure utimur.

fideicomisos ya que Paulo no indicó la obra de donde extrajo la cita. Nos inclinamos a pensar, sin embargo, que esa opinión sí puede pertenecer a quaestionum de fideicommissis y que fue cercenada en primer lugar por Paulo para incluirla dentro de su libro Quaestionum y quizás posteriormente por los compiladores que solo utilizaron esta parte de la cita posiblemente más extensa que Paulo haría de Meciano.

Algunos romanistas han considerado como producto de la glosa neque ex parte neque in totum, pero la idea central queda en pie como clásica.

A continuación aparecen otros dos §§, el 13 y el 14 de D. 36.1.-17, Ulpiano 4 de fideic. en los que aparece mencionado Meciano. § 13: Sed si servo suo rogatus sit cum libertate quis hereditatem restituere, sive directa data sit libertas sive fideicommissaria, dici poterit eum a servo suo non posse coram adire hereditatem: idque Maecianus libro sententiarum de fideicommissis scribit. § 14: Idem quaerit, si quis paratus sit domino cavere de indemnitate, an possit coram adire hereditatem, maxime et si pretium servi offeratur, et recte ait non oportere sub incerto cautionis committere se additioni hereditatis.

Parece, según la cita de Ulpiano, que Meciano escribió en su libro 7º que si se encarga a un dueño que de la libertad a su esclavo y le restituya una herencia, ya se de la libertad directamente, ya por fideicomiso, cabrá decir que el esclavo no podrá obligar a su dueño a adir la herencia, aunque si este la adiera por su voluntad se le obligaría a dar al esclavo la libertad encomendada por fideicomiso y a restituirle la herencia. También en este libro Meciano se planteaba la cuestión de si cuando el esclavo estaba dispuesto a dar caución de indemnidad a su dueño (que siguiendo el iter argumental iniciado en el § anterior es también heredero fiduciario de la herencia que hay que restituir al esclavo) podría obligarle a adir la herencia sobre todo si le ofrece el precio que tiene como esclavo, y resolvía con razón, según Ulpiano, que no se debe arriesgar el dueño a la adición de la herencia por lo incierto de una caución.

Vemos aquí pues, la concurrencia de una herencia con una manumisión ambas fideicomisarias. Al dueño del esclavo se le nombra heredero y se le ruega manumitir al esclavo y restituirla la herencia. Meciano pasó revista a una serie de problemas que originaba este caso como la posibilidad o no del esclavo de constreñir a su dueño para que adiese la herencia, posibilidad que parece descartada, (125) los efectos de la adición voluntaria de la herencia por parte del dueño etc. Posteriormente se plantea la posibilidad de que si el esclavo está dispuesto a dar caución de indemnidad al dueño podrá obligarle a adir la herencia, ofreciéndole además el precio que tiene como esclavo.

Beseler (126) cuestionó la genuinidad de diferentes partes de los textos. Suprimió la distinción entre directa y fideicomisaria de la concesión de libertad, sive directa — sive fideicommissaria, y el supuesto de que el esclavo esté dispuesto a dar caución de indemnidad al dueño, si quis paratus — de indemnitate, también maxime et. En su opinión, el texto terminaría et recte sit cogendum, eliminando el periodo final postea — hereditatis. Los argumentos en los que basó sus sospechas son los siguientes: -la caución de indemnidad de la que habla el texto en su opinión no tiene ningún sentido puesto que el postea está defendido frente a quien se cree heredero; -Después de postea, como ya señaló Mommsen, falta is; -Maxime si es a su modo de ver, justinianeo, pues la lógica exigiría en vez de et si, si et, aunque aquí reconoció que esto podía deberse a una transposición errónea hecha por el amanuense que transcribió los textos.

Ciertamente la caución de indemnidad tiene poco sentido tanto en la época clásica como en la justiniana. Pero lo que abunda no daña, y si además de la protección normal el fiduciario cuenta con esta otra, no vemos por qué habría de rechazarse ya que podría considerarse como un acicate más para que el fiduciario adiera y restituyera.

(125) Cfr. Voci, Diritto ereditario..., cit. II, 2 nota (65) pag. 357. Dedujo Voci de este texto que en estos casos no puede pedir el esclavo el decreto de compulsio.

(126) Beiträge, ... 2, pag. 115.

El resto de las objeciones que opuso no las consideramos substanciales, y por ello abogamos por la claridad de lo contenido en el texto. Patentes en él están las dos tendencias ya observadas en las otras obras monográficas, la favorecedora de la libertad y la tendente a que el fideicomiso se lleve a cabo.

D. 40.5.42, es el último fragmento de este libro VII: Antoninus - Augustus Pius postea, quo militum suorum per omnia rata esset voluntas suprema, cum et institutus et substitutus in continenti, priusquam adiret hereditatem, decessissent, eorum quibus ab eis et libertas et hereditas a milite per fideicommissum data esset, perinde liberae et heredes esse iussit, ac si utrumque directo accessissent, eorum autem, qui a patre libertatem et hereditatem per fideicommissum acciperant, cum aequo in continenti et institutus et substitutus decessissent, satis habuit libertatem confirmari.

Este fragmento, que recoge una decisión de Antonino Pio referida a la diferencia de trato entre militares y paisanos ya ha sido objeto de nuestra atención cuando comparamos su contenido con lo dicho en otro texto de Meciano, D. 29.1.14 (127) y, en principio, nos remitimos a lo que allí expusimos.

Antonino Pio admite aquí la conversión de la manumisión fideicomisaria en directa cuanto esté acompañada de un fideicomiso universal y el heredero instituido no pueda adir. (128) La muerte del heredero y del sustituto antes de la adición no impedía en este caso la adquisición de la herencia dispuesta en favor del esclavo hereditario beneficiado con un fideicomiso universal. Por ello el esclavo adquiría, además de la libertad, la herencia.

De este texto deduce Biondi, entre otros romanistas, que la necesidad de la hereditas institutio no era exigida en el testamento mili-

(127) Vid. pags. 502 y ss.

(128) Cfr. Impallomeni, Le manomissioni ..., cit. pags. 183 y 194-196.

tar en el cual era posible que valiesen las disposiciones aunque el instituido y el sustituto murieran antes de la aceptación. (129).

Nos remitimos en otros aspectos a lo que ya dijimos cuando examinamos anteriormente el texto.

El libro VIII, de fideicommissaria hereditatibus, V, aparece en la palíngenesia leneliana dividido en dos apartados. El primero de ellos, del que forman parte dos fragmentos está intitulado de stipulationibus, quae inter heredem et fideicommissarium interponuntur.

D. 36.1.71, es el primer fragmento: De evictione praediorum vel mancipiorum vel ceterarum rerum hereditarium cavere heres, cum restituit hereditatem, non debet; quin in eo in contrarium caveri heredi oportet, si quid ex his evictum esset, quae iussu testatoris ab ipso herede venissent.

Dice Meciano que el heredero, al restituir la herencia, no debe dar caución para el caso de evicción de los predios, esclavos o demás cosas de la herencia; es más, debe darse caución al heredero para el caso de que sea objeto de evicción algo de lo que él haya vendido.

El comentario de Meciano entra dentro de lo que en el título se indica en cuanto a las estipulaciones que se cruzan entre heredero - fiduciario y fideicomisario. El fiduciario no debe dar caución al fideicomisario de las cosas que entregó en cumplimiento del fideicomiso, por lo que se sostiene en el texto una exoneración del heredero fiduciario respecto al fideicomisario de la responsabilidad por evicción. Y la razón de esta exoneración la encuentra Torrent en el hecho de que, en el fondo, cuando el fiduciario restituye la herencia recibida, no responde de un factum propio, sino, en todo caso, del testador. (130)

(129) Successione testamentaria ..., cit. pag. 191.

(130) Fideicommissum familiae relictum, cit. pags. 69-70.



Se acentúa aquí la posición del fiduciario como un mero intermediario que actúa para dar cumplimiento a la voluntad del causante. Hasta el momento de la restitución, en opinión de Torrent, no había ningún factum debitoris, entendiéndose debitoris como heredero, que se limita a restituir la herencia que recibió con el gravamen fideicomisario.

Sin embargo la interpretación de Torrent se separa de lo que en el texto se dice en el último apartado. Aquí se afirma, como vimos, que debe darse caución al heredero para el caso de que sea objeto de evicción algo de lo que él haya vendido. Torrent sostiene que sí existe un factum debitoris cuando el heredero vende las cosas hereditarias y que en virtud de la successio in locum e in ius y de la confusión hereditaria responde de sus hechos, y como tal vendedor de cosas singulares hereditarias (suyas), responde por evicción. Cuando el heredero vende una singular cosa hereditaria, dice Torrent, vende una cosa propia, y como tal vendedor responde por evicción.

Quizá se consideraban en la última parte del pasaje las ventas que el causante ordenaba hacer al heredero. Por eso conjeturamos el añadido de la pag. anterior (iussu testatoris). Ordenes de venta de esta clase se reflejan en D. 35.2.30.1. (Vid. más adelante pag. 546)

D. 46.3 de solutionibus et liberationibus, 104, es el fragmento situado a continuación: Ante restituta hereditatem solutiones et liberationes factae ab herede ratas habebuntur.

El texto ratifica la validez de los pagos y las liberaciones hechas por el heredero antes de la restitución de la herencia fideicomisaria.

Ya sabemos que si el heredero fiduciario, una vez vigentes los SS. CC. Trebeliano y Pegasiano, ade voluntariamente la herencia, el fideicomisario, hasta la restitución de la misma solo tiene contra él un derecho de crédito. El fiduciario es tratado a todos los efectos como un heredero y por lo tanto debe pagar a los acreedores y

hacerse pagar por los deudores. Este texto, pues, lo que hace es confirmar la posición del heredero gravado con el fideicomiso de restituir la herencia que ha adido voluntariamente antes de la restitución de la misma. El heredero, en palabras de Torrent, tiene la plena disponibilidad de la herencia, y como tal titular, los pagos y las liberaciones de las prendas hereditarias se entienden hechas válidamente. (131)

En nuestra opinión no hay duda sobre la genuinidad del texto.

Bajo el título ad legem Falcidiam, I, nos presentó Lenel otros dos fragmentos pertenecientes al libro VIII.

El primero de ellos, situado por los compiladores en D.11.7 de religiosis et sumptibus funerum et ut funus ducere liceat, 45, dice: Impensa funeria semper ex hereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sit.

Los gastos del entierro, dice Meciano, se deducen siempre de la herencia y suelen ser preferentes a todos los créditos cuando los bienes hereditarios no basten para pagar. Por lo tanto, en el caso de una herencia fideicomisaria, el heredero, antes de la restitución de la herencia, deberá proceder al pago de los gastos de entierro con preferencia a cualquier otra deuda hereditaria. En el supuesto de que estos gastos agoten el caudal relicto, no tendrá lugar la restitución. Y, atendiendo al título bajo el que Lenel nos presentó el texto, ad legem Falcidiam, el heredero fiduciario no podría deducir la cuarta correspondiente si no hubiera suficiente después de la deducción para el pago de estos gastos que tienen carácter preferente.

Biondi (132) sostuvo la interpolación de semper ex hereditate deducitur, quae etiam. No creemos que con ello el sentido del texto varíe. Según la corrección de Biondi, los gastos del entierro suelen

(131) Vid. pag. 71      notas (116) y (117).

(132) Iudicia bonae fidei, III, L'elenco classico dei iudicia bonae fidei, en Ann. Palermo, 7 (1920), pag. 250.

ser preferentes a todos los créditos, cuando los bienes hereditarios no basten para pagar. Pero ¿de dónde se deducirán estos gastos si no es de la herencia? Por ello defendemos la substancial claridad de lo contenido en el texto.

El segundo fragmento, D. 35.2 ad legem Falcidiam, 30, contiene un extenso análisis de como debe efectuarse el cálculo de la cuarta Pegasiana (Falcidia, en el texto), qué cosas corren a cargo del heredero y cuáles no.

Apuntamos que en el texto se hace referencia a la lex Falcidia - y por tanto a la deducción de la cuarta Falcidia. También se habla de legatarios y de legados en vez de fideicomisarios y fideicomisos. Ante esto, caben las siguientes posibilidades: -que Mediano en su obra que específicamente trataba de los fideicomisos al llegar a este punto se refiriese a ellos y por tanto a la cuarta Pegasiana, fideicomiso y fideicomisario, y que estas referencias fuesen alteradas por los compiladores para plasmar en los textos la unificación de regímenes llevada a cabo por Justiniano; -que Mediano expusiera el régimen de la lex Falcidia de legatis para pasar posteriormente a tratar del régimen de las deducciones establecidas por el SC. Pegasiano en favor del heredero fiduciario. En este caso lo referente a los fideicomisos no nos habría llegado en pureza: -también es posible que el régimen establecido por la lex Falcidia para los legados lo traspasase, mutatis mutandis, el SC. Pegasiano al fideicomiso y por ello el tratamiento sería similar en los dos institutos ya en la época clásica. Aquí nosotros creemos que en todo caso, alguna diferencia subsistiría.

Por ello, al examinar este fragmento, debemos tener presentes estas posibilidades.

El principium, dice: In ratione legis falcidiae mortis servorum - ceterorumque animalium, furta, rapinae, incendia, ruinae, naufragia, vis hostium praedonum latronum, debitorum facta velora nomina, in summa quodcumque damnum, si modo culpa legatarii careant, heredi perempti; quemadmodum ad heredis lucrum pertinet fructus, partus ani-

illarum et quae per servos adquisita sunt, ut stipulationes, rerum - traditiones, legata hereditatesque his datas, ceterae donationes, item servitutes, quibus liberta praedia pretiosiora fierent, actionesque adquisitae, ut furti damni iniurias similesque, quorum nihil in rationem legis Falcidiae cadit.

En el texto, Meciano comienza a determinar en el cálculo de la - cuarta lo que va a riesgo del heredero por un lado, y las cosas de - las que éste puede obtener un lucro, por otro.

- A cargo del heredero van:

- a) La muerte de los esclavos y los demás animales (es curioso comprobar como el esclavo aparece incluido en el género de los animales)
- b) Los hurtos, robos, incendios y derrumbamientos, naufrágios y asaltos de enemigos, piratas y bandidos.
- c) Insolvencia sobrevenida de los deudores.
- d) Cualquier otro daño siempre que los legatarios carezcan de culpa.

- Como lucro del heredero se consideran, y por ello no se toman en cuenta en el cómputo:

- a) Los frutos, los hijos de los esclavos.
- b) Lo que se adquiere por medio de los esclavos, como entregas de cosas legadas, herencias que se dejan a aquellos, etc.
- c) Las demás donaciones.
- d) Las servidumbres con cuya liberación aumenta el valor de los predios y las acciones adquiridas por ellos, como las de hurto, daños causados a las cosas y otros semejantes.

El texto puede sugerir múltiples problemas y puede analizarse desde diversos puntos de vista. Nosotros nos detendremos solamente en -

el referido a como se verificaba el cálculo de la cuarta, y por lo que se deduce del mismo, se efectuaba una valoración del patrimonio hereditario en el momento de la muerte del causante y los sucesivos incrementos o disminuciones enumerados en la exposición de Meciano, anteriores a la aditio hereditatis, no se computaban. (133)

Para Voci (134) las pérdidas post mortem, en general, no provocaban la reducción parcial de todos los legados. Pero esta regla que expone no alcanzaría, como viene a demostrar nuestro texto, a las cosas que eran objeto de legado y que se destruyen sin culpa del heredero. En estos casos, el legatario (y por extensión, el fideicomisario universal) no pueden pretender el cumplimiento del legado (o del fideicomiso) respecto a esa cosa.

Creemos en la genuinidad substancial del texto. Lenel (135) corrigió stipulationes, proponiendo manicipationes, lo que pensamos deber ser aceptado. Pero Beseler (136) apreció la existencia de una alteración que afectaba desde in ratione legis Falcidia hasta heredi pererunt, lo cual nos parece francamente exagerado. De Medio (137) también considero que el texto estaba alterado, extrañándose de que Meciano situase al esclavo entre los animales. Desde luego esto para nosotros no es un indicio de alteración. Independientemente de que para el ius naturale el esclavo fuese considerado como persona, en la práctica era tratado como una cosa y no es nada raro que a la hora de enumerar se le equipare con otras cosas semovientes, los animales. Quizás sería mayor indicio de interpolación el que se les concediera un trato diferente.

Grosso (138) entendió que de las ceteras donationes del texto se podía deducir que se consideraba al legado como donatio y por ello

(133) Cfr. Grosso, I legati ..., cit. pag. 346

(134) Diritto ereditario..., cit. II, 2, pag. 758.

(135) Pal., I, nota (1) col. 583.

(136) Beiträge... I, pag. 51

(137) Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano, en BIDR, 20 (1908-9) pag. 162 nota (1).

debe considerarse interpolado el periodo en donde esto aparece. Pero tampoco estamos de acuerdo en que este sea el sentido del texto que diferencia lo que se puede considerar lucro para el heredero y además de la herencia y legados, que aparecen específicamente denominados, habla de otras donaciones, no tratando, a nuestro modo de ver, de calificar a las herencias y legados como tales.

El § 1, dice: Vendere autem vel emere iussus certo pretio fundum aliamve quamquam rem in legis Falcidia ratione, cum quantum sit legatum requiratur, tantum eo nomine inducetur, quanto plura minorisve sit res ea quantitate, quam quo pretio testator accipi daretur - iussit, sed ut ei quidem portioni, quae legatis deductis facienda erit, amplius deducturi quippe non nostri causa capi id pretium, sed eo deducto pretium reliquum legatum esse intellectum est.

Se pregunta aquí Mediano cuál es el valor de un legado a efectos de la deducción de la cuarta, cuando por voluntad del causante se da o ha vender o comprar por un precio determinado un fundo o cualquier otra cosa. La solución propuesta es que tan solo se computa como legado lo que la cosa vale de más (en caso de venta) o de menos (en caso de compra), respecto a la cuantía que el testador dispuso que se cobrara o diera como precio. Pero para que se impute la diferencia a aquella porción debe hacerse previa reducción de los legados, porque se entiende que no es realmente ese precio lo que se nos da, sino que se lega la diferencia entre el valor real y el del precio que se ha dado.

Parece ser, pues, que aquí el legado consistía en la damnatio del heredero a vender o comprar alguna cosa a un precio determinado por el testador, y el cómputo sería como sigue: el legado de vender por 10 una cosa hereditaria que valía 15, se computa por un valor de 5; y el legado de comprar por 10 una cosa que vale 5, se computa también 5. O sea que en el caso de un legado de vender por un precio inferior al normal, el beneficio del legado consistía en la diferencia -

(138) Cfr. en estos puntos Grosso, I legati ... cit. pag. 42.

entre el precio normal y el precio en que se efectúa la compraventa, y viceversa en el caso del legado de comprar. Voci estima que esta diferencia se imputa naturalmente en la masa de los legados, pero - que el dinero efectivamente recibido se imputa a la cuarta, porque - substituye, aunque sea parcialmente, el valor de una cosa hereditaria; y si por el contrario, lo que se impone al heredero es comprar por un cierto precio, la cantidad que supera el valor efectivo de la cosa se imputa entre los legados, y la cosa misma entre las cosas - hereditarias. (139).

En cuanto a la genuinidad, todos los indicios parecen indicar - cierta manipulación del texto. Mommsen y Lenel coincidieron en la - apreciación de esta manipulación. (140) Mommsen fijando su atención en deducetur, indicó que requiritur "inducatur"; sed totum comma sed ut ei ... amplius inducatur otiosum est nec Maeciani; Lenel, por su parte, indicó que varia "sed ut ei ... deducatur (deducatur)" quo loco nota videntur et transferenda post "ne amota detrahatur", del 3.

D. 35. 2.30,2, dice: Propterea diligenter animadvertendum est, ne quod dicitur damna post mortem testatoris illata ad heredem respicere usque quaque et sine ulla distinctione recipiatur. quod enim remota lege Falcidia in totum iuris foret, hoc idem fore in ea parte, - quae lege Falcidia constitueretur.

Así presentó Lenel este § en la Palingenesia. Pero advirtió que el periodo que sigue hoc enim attinet damna postea facta non deduci, ne amota portio legatis fideiue commissis detrahatur. edd. hoc comma perperam adscribunt § 2. (141) En la edición del Digesto de Mommsen-Krueger aparece el § completo, pero también se advierte que varia - quod enim remota ... legatis fideiue commissis detrahatur videntur - loco nota et transferenda post tempore fuerint § 4, extr. praeterea videntur institucia esse et ex margine in textum illata. (142).

(139) Cfr. Grosso, I legati ..., cit. pag. 353 y Voci, Diritto ereditario... cit, II, 2, pag. 761 y 764.

(140) Ed. Corpus I. C., Mommsen-Krueger, D., pag. 553, nota (7), y - Pal., I, nota (2) col. 583.

(141) Pal., I, nota (3), col. 583.

Todas estas advertencias siguen co-nfirmando las impresiones que de este fragmento habíamos extraído desde un principio. En este último período ya aparecen mencionados por primera vez los fideicomisos cuando se dice que no deben deducirse los daños causados posteriormente a fin de que no se detraiga de los legados o fideicomisos la porción disminuida. El problema que se trata sigue siendo la correcta deducción de la cuarta. Pero el texto creemos que está alterado y manipulado, presenta distinciones a nuestro modo de ver típicamente bizantinas, y posiblemente contenga una glosa compilatoria.

En el § 3, sin el período que hemos añadido al 2, Verum est - autem his solis, quas ponderis numero mensura constant, nec damno - postea incidente ex portione, quas fieri ad aestimationem eorum bonorum, quas mortis tempore fuerunt, quicquam detrahi. Se determina que solo las cosas que se cuentan por su peso, número o medida deja de detraerse, aunque se haya producido alguna pérdida con posterioridad, de la porción que suele hacerse para estimar los bienes existentes al tiempo de la muerte. Se continúa, pues, dando normas para determinar el cálculo de la cuarta, y hace referencia a ciertas cosas que no se detraían.

En cuanto a la geminidad, creemos que el contenido substancial - puede ser clásico, aunque puede estar afectado de la misma manipulación que los anteriores.

En el § 4: Certis vero corporibus et his ipsi ita relictis: "pecuniam, quam in illa arca", "vinum, quod in illis dolis", "pondus - argenti, quod in illis horreis habeo", si sine culpa heredis deteriorum vel deteriora sunt facta, procul dubio aut nihil debetur aut eorum quas exstabant qualia erunt ea portio debetur, quas vox legem Falcidiam efficiatur ex aestimatione bonorum, quas mortis testatoris tempore fuerint, se alude como objeto del legado (o del fideicomiso) a cosas específicas, (dinero que hay en tal caja, o el vino que hay



en tales vasijas, o la masa de plata que el causante tenía en tal - almacén). Si tales cosas se hubieran perdido o deteriorado sin culpa del heredero, se afirma que no se deberá nada, o se deberá conforme a lo que permite la ley Falcidia, la parte de lo que exista y en el estado en que esté, habida cuenta de la estimación que se hace de - los bienes existentes al momento de morir el testador.

Lo que en el texto se afirma es que el heredero fiduciario gravado con el legado (o con el fideicomiso) no deberá estas cosas al legatario (fideicomisario) si se han perdido o deteriorado sin su culpa, es decir, por una circunstancia de fuerza mayor que haga imposible la prestación o dañe la cosa que debía ser entregada, (143) o - bien, si algo ha quedado, se deberá la parte que exista y en el estado en que se encuentre.

Se sigue tratando conjuntamente el tema para legados y fideicomisos con las consecuencias que esto tiene para nuestro estudio.

De las cosas determinadas pasaba a tratar de las cosas indeterminadas, (§ 5: Incertae autem res relictas distinctionem recipiunt: - nam si ex suis rebus incertam rem testator reliquisset, veluti "argentum quod elegerit", et omne argentum testatoris interisset sine culpa heredis, nihil deberetur: sin vero argenti pondus pure relictum esset, quamvis omne argentum testatoris deperisset, admissa lege Falcidia portio eius quantitatis sumetur, quae fuit in bonis eo tempore quo testator decessit, nec ad imminuentiam eam quicquam damna - postea incidentia proficiunt), aludiéndose también a las pérdidas - post mortem testatoris, y estableciendo algunas distinciones. Así, si el testador ha dejado un objeto incierto de su patrimonio, en cuyo - caso, si se pierde sin culpa del heredero nada se debe (pone el ejemplo de que el testador dijera, "toda la plata que eligiere" y se - hubiera perdido toda la plata del testador); pero si el testador hubiera dejado una cantidad de plata, sin más concreciones, aunque se pierda toda la plata del testador, se deducirá la cuarta que determina

(143) Vid. Voci, Diritto ereditario..., II, 2, pag. 396.

la ley Falcidia de la cantidad que había en el patrimonio al momento de morir el testador, y los daños que sobrevengan después no servirán para reducir en nada esa porción.

La intervención compilatoria en el texto podía apreciarse en el primer periodo en el que se afirma que es preciso efectuar una distinción. No nos extrañamos de ella, pues como venimos diciendo el texto está manipulado en muchos de sus apartados, aunque algunas de estas intervenciones sean de carácter puramente formal. Se debe tener en cuenta también lo que diremos en relación con el § siguiente, es decir en el § 6:

Res tamen, quae interierint, pro nulla parte ac ne aestimatio quidem debeat, non magis quam si omnes res per speciem enumeratae relictas essent.

Se mantiene aquí, que, sin embargo, las cosas perecidas no se deben en ninguna proporción, ni tampoco su estimación, como tampoco si se hubieran dejado todas las cosas específicamente enumeradas.

Mommsen y Lenel se mostraron de acuerdo en que también en este estaba presente una manipulación compilatoria. Mommsen afirmó que "res tamen — relictas essent" item videtur interpolator addidisse post "nihil deberetur" § 5. (144) Y en el mismo sentido Lenel sostuvo que verba "non magis — essent" transferenda videntur post "deberetur" § 5. (145).

Poco podemos añadir ya que no hayamos indicado. Se sigue demostrando la manipulación completa del texto.

El § 7, dice: Tametsi autem legis Falcidiae ratione, quae conditionis implendae causa heredi sunt data, in quartam non computatur,

(144) Ed. Corpus I. G., Mommsen-Krueger, D. nota (11) pag. 553.

(145) Pal., I, nota (4) col. 583.

tamen id. quod non figura condicionis accipere iussus est ab eo. cui hereditatem restituere rogatus est. Celso et Iuliano nostro placuit computari. quemadmodum si ea summa heres vendere ea res iussus esset quia non condicionis implendae causa. sed quodammodo pro pretio inferre sunt iussi. quo loco amplius quaesitum est. an fideicommissarius quoque invitus cogatur dare eam summam et recipere hereditatem. quasi et ipsius fideicommissum esset: sed et verisimile non est. cum talis oratio magis ipsius causa. quam contra ipsum posita videatur.

Vuelve aquí a aparecer la figura del fideicomisario en relación con la cuarta Falcidia. Dice el texto que no obstante lo que se viene manteniendo, a efectos del cálculo de la Falcidia lo que se da al heredero a causa del cumplimiento de una condición no se imputa a la cuarta, aunque lo que se dispone que reciba del fideicomisario sin ser en forma de condición, si debe imputarse como parece que opinaban Celso y Juliano (146) del mismo modo que si se dispuso que el heredero vendiera aquellas cosas por un precio, pues se dispuso que se diera no para cumplir una condición sino como a modo de precio. A este propósito se trataba además de si el fideicomisario debe ser obligado a la fuerza a dar aquella cantidad y a recibir la herencia como si el fideicomiso se hubiera encomendado también a él; pero, concluye el texto, esto no parece verosímil porque tal declaración parece haberse hecho más a su favor que en su contra.

Es decir, el heredero no imputa en la cuarta lo que se le ha dejado adimplendae condicionis causa, pero si se imputa lo que se dispone que reciba del fideicomisario sin ser en forma de condición, y aquí Meciano, siguiendo a Celso y Juliano, pensaba en un título similar a la venta. (147) Pero la cuestión no cabe duda de que fue muy discutida y que el poder público intervino (148).

(146) Lenel situó esta opinión de Celso mencionada por Meciano en el libro XXII Dig., de fideicommissis, 2, La de Juliano, en el libro XII Dig., ad legem Falcidiam. Vid. Pal., I, cols. 156 y 467 frags. 182 y 753.

(147) Cfr. Voci, Diritto ereditario cit. II, 2, pag. 764, notas - (52) (54).

(148) Vid. a este respecto lo que decimos en Gayo II fideic. D.3 6.1. 65, 5 y 6, pag. 592 y 593.

También ha sido cuestionada la genuinidad de este texto. Ya Mommsen consideró producto de la glosa todo el periodo comprendido desde quia non condicionis hasta, pro pretio inferre sunt iussi, posición mantenida también por Lenel. (149).

Beseler (150) señaló varias alteraciones en el mismo reconstruyéndole de la siguiente forma: <In> legis Falcidia ratione, quae conditionis implendae causa heredi sunt data, in quartam non computatur <quod vero heres> accipere iussus est ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est. <in quartam imputandum esse divus Pius rescripta> El recorte, como se ve, es considerable. Según Beseler, Meia no recurriría a un rescripto de Antonino Pio (que veremos más detenidamente cuando examinemos D. 36.1.65,5, texto de Gayo II fideic.)

En el § 8: Cum lex Falcidia intervenit, non veniunt in contributionem, quae ipsi heredi a semetipso vel servo eius legata fidei commissae sunt, alia causa est eorum, quae in die certa dantur: nam si libertatis dies coepit cedere, ei debentur et in contributionem veniunt, ac ne ea quidem, quae quis servis suis inutiliter sine libertate legavit fidei commissit, in computationem eius legis cedunt, llega a determinarse que cuando interviene la ley Falcidia no entra en el cálculo lo que se ha dejado en legado o fideicomiso al heredero a cargo de sí mismo o de su esclavo. Lo afirmado en esta primera parte del texto creemos que es lógico. Escevola se hizo eco en su libro 9 quest. de esta opinión de Meciano. Decía Scevola: Si a servo meo herede instituti mihi legatur et mihi acquiratur hereditas, negat Maecianus id legatum in Falcidiam computari, quia non debeat.

La tesis que sostiene aquí Meciano, corroborada por Escevola, es - que legados o fideicomisos como los mencionados son inválidos puesto que el legatario o el fideicomisario ya adquieren la herencia y por esa razón no son tenidos en cuenta a la hora de efectuar el cómputo establecido por la ley Falcidia.

(149) Pal. T, nota (1), col. 584.

(150) Miscellanea graecoromana, en Studi Bonfante, II, pag. 79.

Se extiende después el texto en consideraciones relativas a legados dejados a esclavos a los que se concede la libertad afirmándose que, si cede el día en que se adquiere la libertad, le son debidos - tales legados y entran ya en el cálculo de la ley Falcidia. Y se concluye con la decisión de que no entra en el cómputo de la ley Falcidia lo que se dejó ineficazmente por legado o fideicomiso a un esclavo sin darle la libertad.

Mommsen rectificó en esta parte el quae in die certa proponiendo quae cum libertate. Nosotros además de esta rectificación propondríamos, como venimos diciendo, todas las referentes a la relación lex Falcidia — fideicomisos. Y no nos vale a este respecto como ya hemos señalado el que las normas relativas a la cuarta Falcidia se aplicasen también a la cuarta ex Pegasiano y por lo tanto que no hubiera diferencia de cómputo derivado del hecho de que se tratara de un legado o de un fideicomiso, como afirma Voci, (151) puesto que no hemos de olvidar que el texto procede de una obra especializada en el análisis de los fideicomisos por lo que es lógico pensar que el jurista autor de la misma utilizara un lenguaje preciso, y aunque el régimen establecido por el SC. Pegasiano fuese similar al de la lex Falcidia, a la hora de hablar de problemas relativos a los fideicomisos hablará de cuarta pegasiana o ex Pegasiano y no de cuarta Falcidia.

El párrafo final § 9: (Res. quas neque per fideicommissum relinq. qui posse certum est. in legis Falcidia computationem non veniunt) es de fácil comprensión.

(151) Diritto ereditario..., cit. pag. 766, nota (57) en la que refleja que existe una vieja discusión sobre si el cómputo era igual en materia de cuarta Falcidia y cuarta ex SC. Pegasiano, ya que algunos autores mantenían que en la cuarta ex Pegasiano el heredero debía imputar todo lo que recibía del testador. Pero sin embargo parece opinión más correcta la que mantiene que la diferencia entre ambas regulaciones no existía. En este punto, Ferrini, Teoria generale..., cit. pag. 493 y ss. efectuó un resumen del estado de la cuestión, situando entre los que no creen en la existencia de diferencias a Cuyacio, Voorda, - Moller, Lindelloff, Rosshirt, Vangerov, etc. A favor de las diferencias se manifestaron Faber, Voet, Westphal y Puchta. Ferrini se mostró partidario de la opinión expuesta por Cuyacio en el sentido de ausencia de diferencias.

No entran en el cálculo de la Falcidia aquellas cosas que no pueden dejarse tan siquiera por fideicomiso. Aquí, sin embargo, probablemente si tenga razón de ser el hablar de la lex Falcidia y de fideicomisos. Nuestra interpretación es la siguiente: el régimen de los legados era mucho más rígido que el de los fideicomisos, pero a medida que los dos institutos van conviviendo el primero va dulcificándose por influencia del segundo y éste va declinando en su libertad de formas y espontaneidad por influencia del legado. Meciano, en su hipotético examen de como se computaba la cuarta Falcidia, nos dice aquí que las cosas que no pueden ser objeto de fideicomiso no entran en el cálculo de la ley Falcidia, lo que supone abundar en la idea que ya ha venido repitiendo a lo largo del texto en el sentido de que los legados inválidos (en este caso en consideración a su objeto) no se tienen en consideración a la hora del cómputo del cálculo establecido por la Falcidia.

Creemos que el texto puede considerarse como genuino.

Finalizamos aquí el estudio de este fragmento y del libro VIII de Meciano. Es evidente que el tema de la correcta deducción de la cuarta preocupó a Meciano. Es de lamentar que la unificación de regímenes diera lugar a un trastocamiento de los textos y que no hallamos podido apreciar más nítidamente las diferencias existentes, o en su caso la equiparación total entre la lex Falcidia de legatis y el SC. Pegasiano.

El libro IX de fideicommissariis hereditatibus aparece también en la Palingenesia leneliana bajo la rúbrica ad legem Falcidiam, II, y de él solo se ha conservado un fragmento D. 35.2, ad legem Falcidiam 32. Los temas que aborda el fragmento están relacionados, como en el libro anterior, con la deducción de la cuarta.

El principium, dice: Poenales actiones sive legitimae sive honorariae exceptis popularibus in bonis actoris non ideo minus computantur sunt, quia morte reorum intercidere possunt, e contrario autem eisdem actionis nihil bonis rei defuncto eo detrahunt, sed ne in actoris quidem bonis defuncto eo iniuriarum actio poterit computari, -

quia et ipsa simul cum eo intercidit, ut usus fructus et id quod in dies menses annosve singulos alicui quoad vivat debeat, etenim ea demum obligatio rei bonis diminutionem praestat, quae in heredem transit, nec contrarium est, quod vivente reo eo minus in bonis eius intellegebatur; nam et si ita stipulatus esset, ut cum moreretur debere ei incipere, tamen augerentur bona eius, quemadmodum, si inae sub eadem condicione promississet, defuncto eo minuerentur.

¿Qué ocurre con los créditos provenientes de un delito? ¿Se computan dentro del patrimonio del causante o no se computan? podría ser la pregunta a la que se responde en este texto. Y Meciano contesta efectuando algunas distinciones:

- Las acciones penales, legales u honorarias, con excepción de las que son acciones populares no dejan de computarse en el patrimonio del que puede ejercitarlas a pesar de que puedan extinguirse por la muerte de los que cometieron el delito.
- Pero estas acciones no cuentan como pasivas en el patrimonio del que cometió el delito, si este ha muerto.
- No se cuenta en el patrimonio del que puede ejercitarla la acción de injurias cuando aquél ha muerto, porque la acción se extingue con él (y aquí se ponen ejemplos: como ocurre con el usufructo y con las deudas periódicas por días, meses o años, mientras viva el acreedor).
- Tan solo produce una disminución en el patrimonio del deudor aquella obligación que se transmite a su heredero y no es obstáculo que se considere como pasivo mientras él vive, pues si hubiera estipulado una obligación para cuando él muriera, se contaría esta como activo de su patrimonio, del mismo modo que si él hubiese hecho la promesa con igual condición, sería pasivo al morir el estipulante.

Del examen de este texto dedujo Voci que los créditos nacientes de un delito se computan en el patrimonio en cuanto sean exigibles también por el heredero (152).

Pero la crítica del texto va por otros caminos. En principio hay acuerdo en admitir la corrección propuesta por Mommsen (153) que substituyó debere por deberi, en ut cum moreretur debere ei inciperet. - Pero las alteraciones advertidas se refieren principalmente a que en el texto se recoge una distinción entre obligaciones civiles y honorarias (poenales actiones sive legitime sive honorariae, en relación con stenia ea demum obligatio — transit) y esta distinción (que aparece claramente señalada en I. 3.13,1, Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae), es propia de los compiladores justinianos. La obligatio, como sostuvo Arangio-Ruiz, es siempre civilis y, mostrándose de acuerdo con Peruzzi, afirmó que importaba poco que fuera el derecho civil o el pretorio quien impusiera la obligación. El sometimiento, la sujeción existe igualmente ante el derecho de la civitas, - pues en este sentido es siempre civilis. Por eso los clásicos hablan de obligaciones que gozan de acciones civiles o de acciones pretorias de personas obligadas civile actione u honoraria actione etc., pero nunca hablan de obligaciones civiles y de obligaciones pretorias.

En base a estos argumentos, Arangio Ruiz (154), que siguió aquí - los pasos de Peruzzi (155) consideró alterado nuestro en el periodo stenia — transit, y del mismo parecer fue Albertario (156).

A nuestro parecer, se trata de una posición crítica que ha de aceptarse.

En el § 1, : (Honorariae quoque actiones, quae intra certum tempus a praetore promittuntur, cum bonis actoris defuncto eo argumento rei decessionemve, si tales erunt, ut in heredem quoque transeant, praestabunt) y dentro del tema de la detracción se afirma que también las

(152) Voci, Diritto ereditario..., cit., II, 2, pag. 759

(153) Ed. Mommsen-Krueger, Digesto, nota (1) pag. 554.

(154) Le genti e la città, cit. en Scritti, I, pags. 518-19.

(155) Le obbligazioni romane, en Scritti, II, nota (3) pag. 408.

(156) La cosiddetta honoraria obligatio, en Studi, III, nota (4) - pag. 32.



acciones honorarias que ofrece el pretor dentro de un cierto plazo - si también son transmisibles al heredero, produzcan un activo en el patrimonio del que puede ejercitarlas si éste muere. Y por lo tanto, decimos nosotros, deberán ser tenidas en cuenta.

Creemos que este texto no ofrece dudas en cuanto a la claridad de la distinción.

Más dudas ofrece por el contrario el siguiente (§ 2: Julianus - scribit, si utriusque heredis pars exhausta est legatis et alter ex heredibus cautio praetoria accepit a legatariis, non aequaliter, sed pro quo modo leria Falcidia rationem et actionem ex stipulatu habeturum, omnes enim praetorias stipulationes eiusdem interpretationis esse: nam constare et iudicatum solvi stipulatione, sive a parte actoris sive a rei plures heredes exstiterint, non omnibus nec adversus omnes actiones contingere, sed duntaxat his qui viderint et adversus victos, hisque, adversus quos res defensa non esset, adversus eos, qui rem non defendissent). En este texto hay, como se ve, una referencia a Juliano (157) el cual escribió que si la porción hereditaria de los dos herederos se ha agotado con los legados, y uno de los dos herederos recibió caución pretoria de los legatarios, éste hará el cálculo de la ley Falcidia y tendrá la acción nacida de la caución no por la mitad sino en proporción a su parte, pues todas las estipulaciones pretorias pueden interpretarse así, ya que consta que por la estipulación de pagar la condena en caso de que existan varios herederos del demandante o del demandado, no se da la acción a todos ni contra todos, sino a los vencedores en el litigio contra los vencidos y a aquellos frente a los cuales no se defendió el litigio contra los que no lo hubieran defendido como demandados.

Lenel creyó que era más ajustado al lenguaje y a la época de Juliano el que en vez de hacer referencia a ex iudicatum cautio stipulationem, hablará de pro praedes litis vindictarum (158). Sin embar-

(157) Lenel situó esta opinión de Juliano en su libro LVI Dig. Vid. Pal. I. cols. 461-62

go, para Beseler no existen esas dudas ya que consideró una paráfrasis todo el periodo omnes defendissent; en su opinión, la primera afirmación omnes — esse es falsa; el periodo que comienza con nam no es lógico, y además, también consideró alterado en parte el comienzo del texto, proponiendo substituir por sit el est exhausta est, añadir satis después de ex heredibus, suprimiendo cautionem praetoriam; corrige además accep ex it, suprime legis Falcidiae rationem est y propone sum ante ex stipulatu. (159).

Ciertamente nos parecen exageradas las alteraciones señaladas por Beseler y completamente aceptable la modificación propuesta por Lenel.

El § 3, dice: Annua bima trima dici aureis centenis legatis ex omnibus summis. non tantum ex posterioribus portionem legis Falcidiae detrahi placuit.

¿Cómo deducir la cuarta cuando se dispone un legado (o se encomienda un fideicomiso, pensamos nosotros) para entregar anualmente? Esta es la cuestión que se planteó Meciano en el texto: Habiéndose legado cien en tres anualidades, se admitió que la cuarta debe deducirse de cada anualidad y no tan solo de la última.

Creemos que el texto es genuino dentro de lo que venimos señalando en cuanto a que Meciano se referiría de alguna manera a los fideicomisos, bien aquí, o con posterioridad a esta exposición, o manifestando que el mismo régimen se aplicaba también a los fideicomisos. Admitimos también como posible la rectificación propuesta por Lenel en el sentido de substituir los aureos que aparecen en el texto por sestercios.

(158) Pal. I, nota (2) col. 584, en relación con nota (1) col. 462, en la que dice: pro praedes litis vindictarum (cuius verbis — sequentia magis videtur convenire). Iulianus?

(159) Romanistische Studien, en SZ 46 (1926) pag. 96.

D. 35.2. 32,4, dice: Si Titio viginti legatis portio per legem - Falcidiam detracta esset, cum ipse quoque quinque Seio rogatus esset restituere, Vindius postea tantum Seio pro portione ex quinque detractum sit, quantum Titio ex viginti detractum esset (quae sententia et aequitatem et rationem magis habet, quia exemplo heredia legatarius ad fideicommissa praestanda obligabitur), nec quia ex sua persona legatarius inducere legem Falcidiam non possit, ideoque quod passus esset non imputaturum, nisi forte testator ita fidei eius commissasset, ut totum, quicquid ex testamento cepisset, restitueret.

Un legatario a quien el heredero al entregarle el legado ha deducido la cuarta correspondiente ¿qué y cómo podrá deducir del fideicomiso que el causante le encomendó? Meciano acudió a Vindio Vero (160) que en el supuesto de que se hubiera deducido la cuarta en un legado dejado a Ticio de veinte mil sestercios debiendo restituir cinco mil por fideicomiso a Seio, decía que sólo debía quitarse a Seio de sus cinco mil lo mismo, en proporción que se hubiera quitado a Ticio de sus veinte mil. Esta opinión, dice Meciano, tiene mucha justicia y razón ya que el legatario queda obligado a pagar los fideicomisos del mismo modo que el heredero a pagar los legados y no porque el legatario no pueda alegar la ley Falcidia en su favor va a dejar de hacer la deducción que él ha sufrido a no ser que el causante le hubiera encargado el fideicomiso de modo que restituyera íntegramente todo lo que hubiese adquirido en virtud del testamento.

Voci relacionó analógicamente la primera parte del texto con D.29. 7.15 (Africano 2 quaest.), Sed cum ea testatoris voluntas fuerit, ut ex universa hereditate legata erogarentur, dicendum scriptis hereditibus pro futura doli exceptionem, si amplius quam hereditaria portio petatur, en el sentido de que la carga que supone el legado debe -

(160) De cuyas opiniones las únicas noticias que tenemos proceden de las citas que de él hacen otros juristas. Concretamente, Ulpiano (4 ad edic. D. 2.14.7, 18; 5 ad edic. D.5.1.15; 17 ad Sab. fr. Vat., 77), Paulo (6 ad edic. D. 2.9.2.1) y Meciano en el texto que estamos analizando. Vid. Pal., II, cols. 1223-1224 - De su vida pública se sabe que fue consul con Pactumeyo Clemente en 138 y miembro del consilium de Pio (Vid. Schulz, History, pag. 106)

estar en proporción con la efectiva adquisición hereditaria. Es decir, que si el testador dispuso legados a cargo del heredero que según sus previsiones adquiriría todo el *as hereditario* o una cierta parte del mismo, pero la adquisición efectiva resulta menor de la prevista, el legatario también verá disminuida su adquisición en proporción a la disminución que ha sufrido el heredero.

Pero esta reducción fue muy discutida por los juristas clásicos.— La admitieron Juliano, Africano, en el texto que hemos visto, Papiniano —D. 29.7. 11-13, 19 quæst. y eod. 12, 22 quæst.—, y Meciano-Vindio, que extendieron analógicamente la misma al legatario al que se encomienda el cumplimiento de un fideicomiso. No admitieron esta reducción, Marcelo, D. 29.7, 19, 14 dig., y Scevola, D. 29.7.14, 8 —quæst., D. 32.40, pr., 21 dig. y D. 36.1.77, pr., 18 dig. Justiniano acogió la postura favorable a la reducción y en base a ello se explicaría la alteración de los últimos fragmentos citados (161).

Y esta controversia entre los juristas clásicos sanjada por Justiniano en favor de una de las posturas es la que hizo que nuestro texto fuera ampliamente manipulado, si no en lo fundamental puesto que la opinión de Vindio Vero recogida por Meciano es clásica, si en el resto de la exposición en la que se hace afirmar a Meciano la justicia y la razón de la postura tomada por Vindio Vero con palabras que el probablemente no escribió.

Así, ya Gradenwitz (162) y también Lenel (163) señalaron como de procedencia triboniana los periodos quæ sententia — obligabitur, Sisi forte — restitueret, y el legatarius de ex sua persona legataria. En sentido parecido se manifestó Albertario (164) quien afirmó

(161) Cfr. Voci, Diritto ereditario..., II, 2 pags. 229-30-31.

(162) Interpolationen... cit. pag. 180.

(163) Pal., I, nota (1) pag. 585.

(164) La cosiddetta obligatio ex causa fideicommissi, cit., en Studi III, pags. 50-51

que la consideración de Meciano se limitaría al periodo nec quia ex sua persona — non imputaturum y que se descubre la manipulación — en el resto del párrafo por el magis habet y por el futuro obligabitur. También era de la opinión que en el texto se incorporaba una amplia glosa al texto clásico. Segré (165) se mostró partidario también de la manipulación, y Ferrini limitó ésta al periodo final nisi forte — restitueret justificándola en base a la disputa entre Escevola y Vindio Vero a la que ya hemos hecho referencia (166). Alteraciones que inciden en las ya señaladas, o de menor importancia fueron señaladas por otros romanistas (167). Nosotros creemos que con lo indicado ya es suficiente para admitir la manipulación del texto y los motivos que a ella dieron lugar.

En el § 5. (Si autem manumittere servum vel suum vel alienum rogatus sit, omnimodo praestare debet libertatem, nec hoc contrarium est superiori, quia favor libertatis saepe et alias benigniores sententias exprimit). Se afirma que si se dejó el fideicomiso de manumitir a un esclavo propio del fiduciario se deberá dar la libertad en todo caso, y que esto no se opone a lo anteriormente dicho pues el favor libertatis es frecuente que lleve a otras soluciones de benignidad.

Nos extraña que una afirmación tan clara en apoyo del favor libertatis fuese realizada por Meciano en un libro que por lo que venimos apreciando se dedica a tratar otros temas, más cuando en los libros — que dedicó a las libertades fideicomisarias no aparece una afirmación tan directa en este sentido. Nuestra postura al respecto creemos que ha quedado clara. Admitimos la claridad de esta tendencia favorecedora de la libertad, pero ésta se fue abriendo paso, como vimos, lentamente y es difícil encontrar invocaciones tan explícitas a la misma, y más todavía fuera de la sedes materiae que le corresponde. Estas consideraciones nos hacen sospechar, en principio, de la claridad

(165) Obligatio, obligare, obligari ..., cit., en Studi Bonfante III nota (184) pag. 569.

(166) Teoria generale ..., cit. pag. 105 y nota (3) y pag. 106.

(167) Por ejemplo, Beseler en Miscellen, SZ 43 (1922) pag. 552. VIR, III, 187, 40.

dad del texto, y adherirnos a lo ya manifestado por Krüger (168) quién sostuvo la interpolación del periodo final neo hoc contrario — sententias exoriam, considerando además la alteración del la primera parte en su opinión se refería sólo al esclavo propio y no al ajeno. Pringsheim (169) señaló la interpolación de la referencia al favor libertatis, que en este caso debemos admitir. En igual sentido se expresó Albertario (170) quien además sospechó también de omnimodo.

El libro I, de fideicommissariis hereditatibus, 7, que ya no aparece con la rúbrica ad legem Falcidiam, se han conservado únicamente dos fragmentos.

D. 35.3.8, es el primero: Si heres partes bonorum vel etiam universa bona delata ad fiscum dixerit, constaret autem de fideicommissio, decretum est, ut petitori caventi "evicta hereditate restitui iuri" — solveretur.

El título tercero de D. 35, intitulado Si cui plus quam per legem Falcidiam liquerit, legatum esse dicetur, ya nos indica que los fragmentos en él contenidos siguen haciendo referencia a la ley Falcidia aunque en el texto no se la mencione expresamente. En éste dice Meciano que si el heredero declarase que parte de los bienes o incluso todos ellos han sido deferidos al fisco, pero se probase la existencia de un fideicomiso (encomendado al heredero, debemos suponer), se determinó que se pagara al demandante (tiene que ser el fideicomisario que pide el cumplimiento del fideicomiso) que diese caución de que lo restituirá en caso de que fuera la herencia objeto de evicción.

(168) Das versammlungsverfahren um die libertas fideicommissa, cit. en SZ 48 (1928) nota (6) pag. 193 y pag. 185. Señala la interpolación del primer vel y del vel alienum.

(169) Miscellen, en SZ 42 (1921) nota (5) pag. 655.

(170) Conceptus pro iam nato habetur, en BIDR 33 (1923-24) pags. 58 y 70, y Schiavitti e favor libertatis, Studi I, pag. 69.

Está aquí presente la tendencia favorecedora del cumplimiento de los fideicomisos que ya hemos apreciado en otros textos al dictaminarse que se cumpla éste en las circunstancias indicadas, si bien se hace al fideicomisario dar caución de restitución de lo recibido en el supuesto de que la herencia fuese objeto de evicción.

Creemos que el contenido del texto es substancialmente genuino.

D. 36.1.76, segundo y último fragmento de los que se han conservado de este libro (*Omnes qui de hereditate deliberant desiderante eo, qui suo periculo velit adiri hereditatem, coguntur adiri, sed non statim restituere, sed ut completo tempore deliberationis, si expedire sibi commoverint hereditatem, sentiat commodum testamenti eo iure, quo si sponte adissent, sin vero contra onerosam crediderint restituta ea exponerentur actionibus hereditariis*) señala que los que deliberan acerca de adir o no la herencia, pueden todos ellos ser obligados a adir a instancias del que quiere que se haga la adición a su propio riesgo, pero no a restituir inmediatamente, sino para que transcurrido el plazo que se da para deliberar, si ven que les conviene adir la herencia, se beneficien del testamento como si hubieran adido voluntariamente, y, si creyeran que la herencia es onerosa para ellos, queden exonerados de las acciones hereditarias al hacer la restitución de esa herencia al fideicomisario.

Parece claro que la petición por parte de los herederos de un *spatium deliberandi* no les exime de la obligación de aceptar la herencia si esto ha sido solicitado por el fideicomisario. Lo que sucede es que estos herederos que deliberan sobre la herencia deben decidirse dentro del tiempo que les concede ese *spatium deliberandi*, sobre si su aceptación se puede considerar voluntaria, o que han aceptado coaccionados por la presión que el fideicomisario ha ejercido ante el pretor fideicomisario. (171) Si deciden que su aceptación es voluntaria, se beneficiarán del testamento, en el sentido de que podrán

(171) Cfr. Voci, *Diritto ereditario...*, cit., II, 2, pag. 355. Vid. también lo que decimos en el análisis de D. 36.1.9, 1 y 2, *Ulpiano 4 fideic.*

retener la cuarta y los demás efectos que produce una aceptación de esta clase. Por el contrario, si creen que la herencia es onerosa para ellos y deciden que han aceptado coaccionadamente, quedan exonerados de todas las acciones hereditarias al hacer la restitución y tampoco tendrán derecho a retener la cuarta que les hubiera correspondido ex SC. Pegasiano de haber adido voluntariamente.

Entran, pues, en juego los dos SS.CC. Trebeliano y Pegasiano en sus respectivos campos de regulación en cuanto a la restitución mediante una aceptación voluntaria o coaccionada. Se aprecia también un cierto amparo de los intereses de los fiduciarios al no considerarse desde un principio la aceptación como forzosa y concederles el plazo del spatium deliberandi para que adopten la decisión.

El texto nos parece substancialmente clásico. En él se conjugan dos de las tendencias que venimos apreciando: el cumplimiento de la voluntad del causante, y cierta protección a los intereses del heredero fiduciario.

Del libro XI de Meciano no se ha conservado ningún fragmento, pero es de suponer a la vista de los que le anteceden y le siguen que también estaría dedicado a cuestiones planteadas por las herencias fideicomisarias, pues aunque en la Palingenesia Lomeliana aparece intitulado el libro XII de stipulationibus praetoris ad fideicommissa pertinentibus, su contenido puede incluirse dentro del campo de la herencias fideicomisarias, lo cual tampoco está en contradicción con el título señalado.

El primer fragmento situado por Lenel en el libro XII, es D.35.3. 9, Si non in controversia sit proprietas, sed usus fructus (potest enim rei, cuius proprietas Titio legata est, usus fructus alii legari, tunc de eo restituendo non heredi, sed Titio caveri debeat, interdum et si ab herede legatur usus fructus Seio: quid enim attinebit hoc casu heredi caveri, ad quem emolumentum intercidit) - usus fructus non sit spectandum? verum si usus fructus Seio legato proprietas Titio ita legatur, ut, cum ad Seium pertinere desierit, -



habeat proprietatem. tunc heredi caveri oportebit a fructuario. ab herede autem Titio, quia non sit certum usui fructu intercepto ad Titium proprietatem reversuram.

Se contempla en este texto, como fondo, el concurso de un legado (fideicomiso) que versa sobre la propiedad de una cosa y otro legado (fideicomiso) sobre el usufructo de esa misma cosa.

Trata Meciano de a quién debe dar caución el legatario (fideicomisario) de un usufructo cuando el causante ha dejado a una persona la muda propiedad y a otra el usufructo. ¿Deberá darse esta caución al heredero o al mudo propietario? Si no está controvertida la muda propiedad se dice que debe darse caución de restituir no al heredero, - sino al mudo propietario, aunque a veces debe darse también la caución al mudo propietario incluso quedando el legado de usufructo a cargo del heredero; por ejemplo, si se lega la propiedad deduciendo el usufructo, y se lega el usufructo a Seyo, ¿de qué sirve -se pregunta Meciano- dar caución en este caso al heredero al que no corresponde el lucro del usufructo cuando éste se entrega? Mas si habiéndose legado el usufructo a Seyo, se lega la muda propiedad a Ticio de modo que la adquiera cuando deje de pertenecer el usufructo a Seyo, en tonces deberá el usufructuario dar caución al heredero, y éste a Ticio (legatario sub condicione de la muda propiedad) porque no es seguro que al extinguirse el usufructo recaiga la muda propiedad en Ticio. En este último supuesto la muda propiedad está controvertida puesto que Ticio no será mudo propietario hasta que Seyo deje de ser usufructuario. ¿Quién sefa mientras tanto mudo propietario? Creemos que el heredero y que por ello debe dar caución de restituir a Ticio cuando Seyo deje de ser usufructuario.

La genuinidad del texto ha sido puesta en entredicho, Lenel consideró compilatorio todo el primer período si non -- caveri debeat; - (172) Mommsen también señaló desde tunc hasta caveri debeat; (173) Pappaloni, refiriéndose al concepto clásico de usufructo (174), hizo notar que la decisión por la cual el legatario de una cosa concurre al usufructo de la misma junto con la persona a la cual se ha de

jado el usufructo de la cosa fueron del agrado de los compiladores justinianeos. En cuanto a nuestro texto afirmo que en lo relativo a la cautio usufructuaria no le parece que esté en orden, sobre todo por la inoportuna remisión que hacen los compiladores a ideas secundarias y se atrevió a proponer una reconstrucción de la primera parte del texto de la siguiente manera: Si rei cuius proprietas detracto usufructu Titio legata est, usus fructus Seio, Titio cavendum est: - quid enim attinebit hoc casu heredi caveri ad quem emolumentum intercedentis usus fructus non sit spectandum... etc., eliminando en esta primera parte toda la referencia a la posible controversia entre muda propiedad y usufructo. Afirma simplemente que se debe dar caución a Titio si a él se le ha legado la muda propiedad ya sea el usufructo.

Nosotros pensamos que el fragmento está expuesto de una forma pesada y farragosa y que es presumible pensar, al menos en esa primera parte en una intervención compilatoria.

Respecto del otro pasaje (D. 36.4.12, Municipiis fideicommissum relinqui posse dubium non est, sed si non caveatur, adversus municipales quidem non dubitavimus ex hoc edicto iri in possessionem posse: ipsos vero municipales, si his non caveatur, non idem adsecuturos: sed extraordinario remedio opus erit videlicet ut decreto praetoris actor eorum in possessionem mittatur), es de hacer notar en primer lugar el sitio en el que los compiladores lo colocaron. El título cuarto de D. 36, ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat, ya nos indica que se separa un poco de los temas que podríamos llamar centrales en el tratamiento de la herencias fideicomisarias. La cuestión se centra en la caución que prestan o no los municipios que resultan beneficiados con un fideicomiso.

(172) Pal., I, nota (2) col. 585. Dice Lenel, verba si non ... caveri debeat, videntur compilatorum esse: Maecianus suspicor priore fragmenti parte de ea specie egisse, que legatarii fideicommissum erat, ut rei legatae usus fructu Titio restitueret.

(173) Ed. Mommsen-Krueger, Digesto, nota (2) pag. 562.

(174) Il concetto classico dell'usufructo, en BIDR 22 (1910) pags. 116 y 117 nota (3).

miso. No hay duda, comienza afirmando Meciano, que se puede dejar algo por fideicomiso a favor de los municipios. Si no dan caución, - no dudamos, dice Meciano que en virtud de este edicto puede ponerse al fideicomisario en posesión contra los munícipes. Pero los mismos munícipes, si no se les da caución, no pueden conseguir otra tanto - sin que necesiten un remedio extraordinario, a saber, que un agente suyo sea puesto en posesión por decreto del pretor.

Como primera aproximación diremos que el texto confirma la posibilidad de que un municipio puede ser fideicomisario. (175)

El edicto que se menciona nos demuestra que el texto ha sido, por lo menos, manipulado. Meciano ex hoc edicto, se refería a un edicto del que ya habría hablado con anterioridad, pero por efecto de la - mutilación quedó en el párrafo aislada la mención al mismo. Podría - pensarse que en los fragmentos inmediatamente anteriores se hablase del edicto en cuestión, pero no es así; hay que remontarse a D. 36.4. 1,4 Ulpiano 52 edict. para encontrar otra mención poco concreta al edicto: ... frustra hoc edictum imploratur... Ante esto, debemos relacionarlo con la rúbrica del título cuarto del libro 36, ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat, que corresponde al título XVII, de legatis, 173 del Edicto - Perpetuo. (176).

En cuanto a la genuinidad del texto se ha señalado que en él aparecen palabras de claro sabor compilatorio. Ya Seckel (177) dudó de la claridad de remedium en extraordinario remedio opus erit ... - opinión que compartió Beseler (178). Von Lüttow (179) afirmó también

(175) Así Torrent, Fideicommissum familiae relictum, cit. pag. 59.

(176) Vid. Lenel, Pal. II, Edicti Perpetui rubricarum index, col. - 1252. En el tit. XVII, 173, aparece ut in possessionem legatorum servandorum causa liceat.

(177) Handlexicon, Voz Remedium, pag. 505.

(178) Textkritische Studien, en SZ 52 (1932) pag. 35.

(179) Der ediktstitel "quod metus causa gestum erit", 1932 pag. 252.

que remedium era típicamente bizantino, y videlicet aparece frecuentemente en textos interpolados.

Admitimos las sospechas. Remedium junto a extraordinario parece ciertamente compilatorio. El videlicet también fue frecuentemente utilizado por los compiladores justinianos para mejor explicar o dar entrada a sus manipulaciones.

Además, como dijimos antes, esa referencia al edicto aialada ya muestra que el texto original fue manipulado. En nuestra opinión, aparte de cercenar el texto, introdujeron los comisionados ese extraordinario remedio que no recogería Meciano en su texto. (Nos remitimos a lo que decimos en Ulpiano cuando plantea también un problema en el que intervienen los municipios como beneficiarios de fideicomisos) - (Vid. pags. 652 y 653)

El último texto conservado del libro XII es el que los compiladores situaron en D. 50.17, de diversis regulis iuris antiqui, 96: In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius, qui eas protulisset, (180) clara referencia al principio de la prevalencia de la voluntad real del causante.

En primer lugar hay que afirmar, antes de entrar en el análisis del contenido, que el texto está cercenado, fuera del contexto en el que estaba incardinado, tal como corresponde, por otra parte, al título en el que le incluyeron los compiladores sobre las diferentes reglas del derecho antiguo.

Nosotros debemos intentar poner el texto en relación con su contexto, y éste no puede ser otro que los fideicomisos. Y que, hablando de ellos, afirmase Meciano que en las declaraciones ambiguas hay

(180) Es este otro de los frag. que en algunas ediciones modernas - del Digesto y por algunos romanistas que le citan, viene atribuido a Marciano en vez de a Meciano. Vid. a este respecto lo ya dicho anteriormente por nosotros.

que atenerse sobre todo a la voluntad del que las hizo, no tiene por qué extrañarnos. Y la afirmación tiene su importancia, pues, como demostraron entre otros Gradenvitz (181) y Donatuti (182) el principio de que en los legados es la voluntad del testador, manifiesta o presunta, la que determina sus efectos jurídicos, tienen origen compilatorio, puesto que en la época clásica lo que el derecho objetivo reconocía como idóneo para producir los efectos queridos por el sujeto era la declaración formal de voluntad, o sea, las palabras.

Esta era la norma que se seguía en derecho clásico para los legados. ¿Sería igual para los fideicomisos? la respuesta negativa la venimos encontrando a lo largo de todo el trabajo. Hemos visto como aquí y en otras partes de nuestro estudio, los juristas muestran su preocupación por que se cumpla la voluntad del causante obviando los obstáculos que a ello pudieran oponerse. Y como uno de estos obstáculos podía ser una declaración poco clara en estos casos intentaron averiguar siempre la voluntad del causante para dar un exacto cumplimiento a sus deseos.

¿Sepondría la práctica de esta indagación a lo que estaba establecido para los legados? Evidentemente sí, pero no era esta la única materia en la que el régimen de los legados difería del de los fideicomisos. Además, sabemos que los dos institutos se fueron influenciando mutuamente, y por ello podemos suponer que en la decisión conjunta de dar relevancia a la voluntad del causante más que a la forma como esta aparecía expresada pudo influir esta corriente que ya en la época clásica se manifestaba para los fideicomisos.

En base a esto, consideramos el texto substancialmente clásico. Puede ser que la firmeza que le confiere el maxime se deba a una intervención compilatoria, pero lo que resulta evidente es que los juristas clásicos, para los supuestos de fideicomisos expresados ambiguamente, hicieron una llamada a la voluntad del causante más que a las palabras con que ésta aparecía expresada.

(181) Interpolationen ... cit., pags. 171 y ss.

(182) Dal regime dei verba ..., cit, BIR 34 (1925) pag. 185 y ss.

El libro XIII aparece en la Palingenesia leneliana sin ninguna -  
rúbrica que nos indique la materia que va a tratar, pero los dos frag-  
mentos que de él se han conservado están, como veremos, relacionados  
con las herencias fideicomisarias. En ellos se menciona expresamen-  
te al SC. Trebelliano (Pegasiano), D. 29.5.23, y D. 36.1.75,1, y pro-  
blemas de adición forzosa y restitución de herencia.

D. 29.5.23, dice: Si antequam patefieret testatorem occisum, tabu-  
las testamenti apertas essent, deinde innotuisset id admissum esse,  
causa cognita ruto compellendum institutum adire hereditatem, quam -  
suspectam diceret, et ex Trebelliano senatus consulto restituere.

Antes de descubrirse el asesinato del testador se ha abierto el -  
testamento y luego se averiguó que se ha cometido el crimen. En es-  
tas circunstancias, dice Meciano, previo conocimiento de la causa, -  
debe ser compelido el heredero instituido a adir la herencia que él  
decía sospechosa y entregarla al fideicomisario, según el SC. Trebe-  
liano.

El título en el que los compiladores situaron el texto aparece -  
con la rúbrica de senatus consulto Silianiano et Claudiano, quorum -  
testamenta ne aperiantur, y el supuesto de hecho que se recoge en él  
ciertamente parece una de las situaciones en las que eran de aplica-  
ción los SS. CC. Silianiano y Claudiano (183). Se abre un testamento

(183) Estos SS. CC. parece que se dictaron para reprimir las frecuen-  
tes muertes de los propietarios por parte de sus esclavos. Las  
normas que prescribía el Silianiano (del Claudiano no se conocen  
exactamente sus disposiciones aunque parece que reforzaban las  
del Silianiano) eran las siguientes: 1) en el caso de que un do-  
minus fuese asesinado y el asesino fuera desconocido, todos los  
esclavos que vivieran bajo el techo del muerto o que hubieran  
tenido relaciones con él, debían ser sometidos a tortura y con-  
denados a muerte, salvo alguna excepción probablemente introdu-  
cida por la jurisprudencia posterior. 2) Para evitar que me-  
diante la manumisión de los esclavos se impidiera la aplicación  
de la ley, se prohíbe abrir el testamento y que la herencia -  
sea adida antes de que se realice la quaestio de los esclavos.  
La adición de la herencia transgrediendo esta norma conlleva -  
la indignidad del heredero. 3) El esclavo que descubriera al -  
asesino del patrón, adquiriría la libertad por decreto del pre-  
tor. Vid. Volterra, vos Senatus consulta, Novissimo Digesto I-  
taliano, XVI, n° 73 y 96.

en el que se encomienda un fideicomiso de herencia; el heredero declara sospechosa la herencia, pero mientras tanto se descubre que el causante ha sido asesinado con lo cual entran en juego los SS.CC. Sileniano y Claudiano, que prohibían abrir el testamento y adir la herencia. En estas circunstancias, dice Meciano que el heredero debe ser compelido a adir la herencia y entregarla. Y creemos que esta decisión no va en contra de lo dispuesto en los SS.CC. referidos, ya que una vez abierto el testamento y descubierto el asesinato, lo que interesa es actuar en contra de los presuntos asesinos y si el heredero vacila ésto se puede retrasar. Por ello se determina que se obligue a adir al fiduciario y a entregar la herencia al fideicomisario, con lo que además se cumple la voluntad del causante.

Lenel (184) señaló que Meciano se referiría al SC. Pegasiano y no al Trebeliano y ciertamente la coacción para que el fiduciario adiera la herencia surgía ex SC. Pegasiano.

En cuanto al otro texto derivado del libro XIII, D. 36.1.75, su pr., dice: Si heres pecuniam hereditariam crediderit in eam causam pignora acceperit, actiones non competunt ei, cui restituta fuerit hereditas, adversus ipsa pignora, sed aliqua dubitatio remanebit, si in eum contractum, qui ex defuncto fuerit interpositus, heres, antequam restitueret hereditatem, pignus acceperit, sed nec sic quidem in se admitteretur; ex fideicomisso tamen habet adversus heredem actionem, ut ei cedat pro pignoris comodo actionem.

El heredero fiduciario realiza ciertos actos con cosas que pertenecen al caudal hereditario (prestando una cantidad y aceptando prendas en garantía de la misma). Dice Meciano que el fideicomisario a quien se restituye la herencia no tiene las acciones sobre aquellas prendas. Podía quedar alguna duda en el caso de que el heredero hubiera intervenido, antes de restituir la herencia, para tomar una prenda en garantía de un contrato que hizo el difunto; pero ni

quiera aquí, dice Marciano, se admite al fideicomisario quien tiene no obstante la acción del fideicomiso contra el heredero para que éste le ceda la acción de la venta de la prenda.

La genuinidad del texto ha sido contestada desde varias posiciones. Beseler (185) señaló como alterado desde adversus hasta el final del texto. De Francisci (186) se mostró de acuerdo con Beseler, estimando además como no clásico el uso de contractus referida en este caso a la prenda. Schulz (187) también apreció la interpolación, señalando como tal quidem in se y desde ex fideicomisso hasta actionem. Albertario (188) consideró interpolado desde tamen hasta actionem, - que ya había sido señalado por Faber.

Schulz fue el que nos ofreció más datos sobre sus sospechas. Afirma, en primer lugar, que el manipulador falló en la construcción — admitteretur — habet. También resulta la interpolación de comparar el texto con D. 13.5.22 (Paulo, 6 brev.: si post constitutus tibi — pecuniam hereditariam ex SC. Trebelliano restitueris, quoniam sortis petitionem transtulisti ad alium, deneganda est tibi pecuniae constitutae actio) del que se deduce que al traspasar la herencia al fideicomisario ex SC. Trebelliano también se le transmiten las acciones surgidas de un crédito constituido por el fiduciario.

Creemos acertadas estas indicaciones de Schulz. El fiduciario no podía, sin comprometer su responsabilidad, disponer discretionalmente de los bienes que estaba obligado a restituir. Si lo hacía, es lógico pensar que las acciones que surgieron en su favor pasaran al fideicomisario, por lo que la manipulación del texto es evidente.

D. 36.1.75.1, dice: Quia ex Trebelliano senatus consulto restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilo minus valent.

(185) Beiträge... cit. 3, 177. Atribuyó Beseler el texto a Marciano, lo que evidentemente es un error.

(186) Συμβολή, cit. pag. 424.

(187) Klagen-Cession im Interesse des Cessionars, cit., en SZ 27 — (1906) nota (4) pags. 96-97.



Cuando se restituye una herencia por el SC. Trebeliano no dejan de valer, dice Meciano, las servidumbres que se deben recíprocamente los predios del heredero y del testador. Habíamos visto ya que si el heredero fiduciario ade voluntariamente la herencia y los derechos reales que tuviese sobre los bienes del difunto o que el difunto tuviese sobre los suyos se extinguirán por confusión, pero que a partir de la restitución de la herencia al fideicomisario, estos derechos reales, que por confusión se habían extinguido al ocupar el fiduciario la posición de heredero, revivían. (189) Y ésto es lo que nos confirma Meciano en el texto. El heredero gravado con un fideicomiso universal, al ser considerado como titular de los bienes hereditarios, sufre los efectos de la confusión hereditaria e se aprovecha de ellos. Pero al efectuar la restitución, la confusión desaparece y estos derechos reales reviven. (190).

Trató Meciano, como hemos podido apreciar, temas muy variados a lo largo de los nueve libros de los que se han conservado restos dedicados a las herencias fideicomisarias, pero sobresale el interés que demostró por algunos en concreto. Entre estos, el correcto cálculo y deducciones correspondientes a la cuarta Pegasiana ocupa un lugar preferente (gran parte del libro VIII y el libro IX) pero ya hemos dejado expuesto claramente que la labor de los compiladores, cambiando las referencias que Meciano presumiblemente haría a la cuarta Pegasiana por la cuarta Falcidia, y las deducciones ex SC. Pegasiano por deducciones ex lege Falcidia. En ocasiones nos asalta la duda de que Meciano se refiriese a los legados y la ley Falcidia para posteriormente referirse a los fideicomisos y SC. Pegasiano y anotar las diferencias, si es que existían (creemos que alguna sí) y que los compiladores seleccionasen solamente lo relativo a los primeros, o si esta labor compilatoria se extendió a modificar el contenido de lo que el jurista exponía.

(188) Contributti alla storia della ricerca delle interpolazioni, en Studi VI, pag. 35.

(189) Vid. págs. 72 a 75.

(190) Cfr. Voci, Diritto ereditario..., cit., II, 2, notas (93) y (107) págs. 362 y 364.

Otro toma ampliamente tratado es el relativo a la adición forzosa ex SC. Pegasiano por parte del heredero fiduciario y la restitución al fideicomisario, con su conexo de la transmisión de acciones. Y - también la adición voluntaria y restitución con su traspaso de acciones ex SC. Trebelliano.

Destacamos también, por la importancia que creemos tiene, el valor que se concede a la voluntad del causante y su fiel cumplimiento llegando a afirmar Mediano (D. 50.17.96) In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est, qui eas protulisset, que independiente de que se nos presente separado de su contexto y con alguna posible manipulación para reforzar la aseveración, demuestra una diferencia importante con los legados en la época clásica, en la que se daba más importancia a las palabras que el causante había expresado que a lo que éste realmente había querido.

### C) Pomponio.

El libro II de la monografía de Pomponio aparece intitulado en la Palingenesia Ieneliana de fideicommissariis hereditatibus, y de él - se han conservado 3 fragmentos, uno de los cuales es conocido a través de Ulpiano.

D. 36.1.72 es el primer fragmento, a considerar, y su principium dice: Si heres institutus Titio rogatus fuerit restituere hereditatem et rursus Titius heredi post tempus, sufficiunt directae actiones heredi.

Al heredero fiduciario se le encomendó restituir la herencia a - Titio, y a éste el causante le encomienda que, pasado cierto tiempo, restituya a su vez la herencia al heredero fiduciario. Dice Pomponio que le bastan al heredero las acciones directas.

¿Qué acciones directas son éstas a las que se refiere Pomponio? - Deducimos que el heredero ha adido voluntariamente la herencia y que, por supuesto, ya están en vigor los SS. CC. Pegasiano y Trebelliano.

El heredero fiduciario tendrá derecho a retener la cuarta Fegasiama cuando restituya la herencia, pero una vez restituida seguirá siendo considerado como heredero, pues como ya dijimos (191) pareció imposible quitarle este título desde el instante desde que se le concedió el derecho reservado por la lex Falcidia a los herederos. El es el único representante del difunto con respecto a los acreedores y deudores hereditarios. En base a esto creemos que las acciones a las que se refiere Pomponio son las que le corresponden como heredero. El fideicomisario actúa aquí legatarii loco, y un legatario al que se le ha encomendado el fideicomiso de restituir lo que ha recibido, pasado un cierto tiempo, al propio heredero fiduciario, dato que no debe olvidarse tampoco a la hora de hablar de acciones directas.

Creemos que el texto es substancialmente clásico.

El § 1, dice: Si heres antequam fideicommissam hereditatem restitueret, alienaverit quid ex hereditate aut servum hereditarium emancipaverit aut ruperit quid vel fraxerit vel usaverit, non competit in eum ulla civilis actio restituta postea hereditate ex Trebelliano - senatus consulto, sed ex fideicommissi causa erit hoc quod derogavit persequendum, sin vero post restitutam hereditatem heres quid admisit heres, dicendum est leg. Aquilia cum eo eri posse, si servum forte hereditarium aut vulneraverit aut occiderit.

Se trata en él, como se ve, de los medios con que contaba el fideicomisario para reclamar al fiduciario por actuaciones de éste sobre las cosas objeto de la herencia. Si el heredero, antes de restituir la herencia fideicomisaria hubiera enajenado algo de la herencia, o hubiera vendido algún esclavo hereditario, o hubiera roto, quebrado o quemado algo, una vez restituida la herencia por el SC. Trebaliano no compete contra él ninguna acción civil, sino que deberá reclamarse lo perdido con la acción del fideicomiso.

---

(191) Vid. pag. 75.

Teniendo en cuenta el SC. Trebelliano lo expuesto hasta aquí es - claro. No puede surgir ninguna acción civil porque, en teoría, hasta la restitución de la herencia el heredero fiduciario es el dueño de las cosas hereditarias. Una vez restituida la herencia no compete, - por lo tanto, ninguna acción civil, pero podría ejercitar el fideicomisario una acción pretoria como la petitio hereditatis fideicommissaria ya que lo enajenado, manumitido, roto, quebrado o quemado - formaba parte de lo que el heredero fiduciario debía entregar al fideicomisario. Ahora bien, si el heredero hubiera hecho algo de esto, después de restituir la herencia, puede decirse que se le puede demandar con la acción de la ley Aquilia; por ejemplo, por haber herido o matado un esclavo de la herencia.

Efectuada la restitución ex Trebelliano el fideicomisario ocupaba el lugar de un heredero (heredis loco) y adquiría, como dijimos, la propiedad de las cosas objeto de la herencia (192). Por ello tampoco es de extrañar la solución ofrecida por Pomponio. Si una vez restituida la herencia, y por lo tanto adquirido el dominio de las cosas que componen la misma por el fideicomisario, el heredero hubiera realizado alguno de los actos supraescritos, el heredero responderá por el daño causado en una cosa ajena y la acción para reclamarlo será la de la lex Aquilia.

Creemos también en la claridad sustancial de lo expresado en el texto, aunque quizá las palabras finales si servum forte — occiderit, una ejemplificación superflua, pueden ser debidas a un anotador tardío.

También parece clásico el § 2, (Si temporalis actio in hereditatem relicta fuerit, tempus quo heres experiri ante restitutam hereditatem potuit, imputabitur ei cui restituta fuerit), donde se siguen tratando problemas relativos a las acciones que corresponden a heredero fiduciario y fideicomisario aludiéndose la accessio temporis que se -

(192) Vid. pag. 73.

produce cuando en la herencia a restituir existe alguna acción temporal. En este caso se contará al fideicomisario que recibió la herencia el tiempo en que puede ejercitar aquella acción el heredero antes de que ésta le fuera restituida. Es decir, si una acción que caduca al año de producidos los hechos que la dieron lugar se encuentra dentro de la herencia que hay que restituir, en el cómputo de ese año se tendrá en cuenta el tiempo que tuvo el fiduciario la herencia antes de restituirla y por lo tanto el cómputo no comenzará ex novo a partir del momento de la restitución.

El segundo de los fragmentos a considerar es D. 35.2.31, Is cui fideicommissum solvitur sicutis cui legatum est satiare debet, quod amplius cepit, quam per legem Falcidiam ei liquerit, redditus veluti cum propter conditionem aliorum fideicommissorum vel legatorum legis Falcidiae causa penderet, sed et secundum Cassi et veterum opinionem si a pupillo fideicommissa capiuntur, propter ea, quae a substituto relicta, cavere debet is cui solvatur, nam quavis repetitio sit eorum, quae fideicommissi nomine non debita solventur, tamen satiato cautum debet esse ei, a quo pecunia proficiat, ne dammus sentiat deficiente eo, cui solutum erit.

Como se puede observar se comienza con la afirmación de que el que cobra un fideicomiso, lo mismo que el legatario, debe dar garantía de restituir lo que hubiera adquirido en exceso de lo que permitiera la ley Falcidia, por ejemplo cuando la porción de la Falcidia depende de otros fideicomisos o legados. Aquí podríamos decir que acaba la primera parte de este texto en la que se establece esta caución por parte del fideicomisario de devolver la parte que haya recibido en exceso de lo que permite la ley Falcidia. Pomponio aclara que lo que recibe el fideicomisario de más no se debe a un error del fiduciario sino a unas circunstancias que impiden determinar con precisión el montante total de lo que debe restituirse al fideicomisario. El fiduciario efectúa la restitución, pero se hace asegurar por parte del fideicomisario que al cuando se determine con precisión lo que tenía que haber recibido resulta que se le ha restituido de más, éste último devolverá el exceso.

Se aplica aquí el mismo régimen a los fideicomisos que a los legados, puesto que cuando un legado bajo condición concurría con un legado puro, el legatario puro recibía su legado entero como si no existiera el condicional, pero este legatario debía prestar caución de restituir al cumplirse la condición lo que excediera de la Falcidia una vez calculado el legado condicionado. Esta era la tesis mantenida por Juliano, y parece ser que prevaleció. (193)

Creemos que el texto es substancialmente clásico aunque aquí no se haga referencia a la cuarta Pegasiana y al SC. Pegasiano. Además nos confirma nuestra sospecha sobre el sistema seguido por los juristas autores de monografías. Aquí Pomponio estudiaba un caso en que lo dispuesto por la lex Falcidia era también de aplicación a los fideicomisos ex SC. Pegasiano. Y el jurista suponemos que diría en la parte que no nos ha llegado que por este SC. Pegasiano el que cobraba un fideicomiso, lo mismo que el legatario..., siguiendo luego con el tratamiento unitario.

Para el caso de que un pupilo pagara unos fideicomisos que se habían dejado a cargo de su substituto, se acude al parecer de Casio y de los veteres, afirmandose que la persona a quien se pagó deberá dar caución. Y aquí hace Pomponio una puntualización interesante, pues dice que aunque puede repetirse lo que se pague indebidamente en concepto de fideicomiso, sin embargo debe garantizarse con caución a la persona de quien procede la cantidad a fin de evitar el daño si viene a faltar el que ha cobrado. La puntualización tiene interés porque ya vimos el problema que se planteaba en D. 36.1.70,1 (Valente, 4 fideic.) (194) sobre la repetibilidad o irrepetibilidad de lo pagado en un fideicomiso ultra quartam. Hemos de remitirnos a la conclusión a que allí llegamos en el sentido de que el heredero fiduciario podía repetir lo pagado ultra quartam si había incurrido, y podía demostrarlo, en un error, ya fuese de hecho o de derecho.

(193) Cfr. Grosso, I legati..., cit. pag. 351.

(194) Vid. págs. 486 y ss.

El texto que estamos analizando, considerado como genuino, no nos habla para nada del error como presupuesto del derecho del fiduciario a repetir. Parece, pues, que ambos textos entran en contradicción o que uno de ellos ha sido gravemente alterado. Nosotros, sin embargo, no creemos que suceda ninguna de las dos cosas.

No podemos olvidar, aunque el antecedente sea escaso, lo dicho anteriormente por Pomponio y la questio que trataba de resolver. En nuestra opinión los hechos que sirven de base a las decisiones de Valente y de Pomponio son diferentes. Valente se planteaba en concreto el pago del fideicomiso ultra quartam por el que está obligado a restituir la herencia sin que concurren las circunstancias que Pomponio nos expone en su texto (conurrencia de un fideicomiso puro con otro condicional, pago por el pupilo de un fideicomiso encomendado a su substituto). En estos casos no es que se haya pagado un fideicomiso ultra quartam, pues puede ocurrir que una vez cumplida la condición esto no suceda, y por ello se permite la caución para la hipótesis de que se haya pagado de más. Tampoco es comparable el pago ultra quartam con el efectuado por el pupilo de unos fideicomisos encomendados a su substituto. Creemos que en esa segunda parte Pomponio se refiere a lo que decía al principio del planteamiento y en este sentido si que podía repetirse lo que se pagaba indebidamente. Sacar esta afirmación del contexto en el que está realizada complica, efectivamente, la interpretación, y más si se le pone en conexión con el texto de Valente en que limita la repetición a los casos de error.

El tercer pasaje aparece en un texto de Ulpiano, (3 fideig. D. 36. 1.3.2.) en que se cita a Pomponio y que Lenel situó en el libro III de la monografía de este último: ... Pomponius scribit, si deductis legatis restituere quis hereditatem rogatur, quaesitum est, utrum solida legata praestanda sint et quartam ex solo fideicommissi detrahere possit, an vero et ex legatis et ex fideicommissi quartam detrahere possit? et refert Aristonem respondisse ex omnibus detrahendam, hoc est ex legatis et fideicommisso.

En D. 36.1.3, trataba Ulpiano entre otras cosas del cálculo de la Falcidia, y en el § 2 aludía a la opinión de Pomponio según la cual si se ruega a un heredero que restituya la herencia a un fideicomisario deduciendo los legados, y ante la duda de si deberá dar los legados sin merma y solo podrá deducir la cuarta parte del fideicomiso, o si podrá detraer la cuarta tanto de los legados como del fideicomiso, habría de seguirse el parecer de Aristón, ésto es, debía detraerse la cuarta de todo, tanto de los legados como del fideicomiso.

Queda pues claro en el texto que si el causante encomendó al heredero un fideicomiso de herencia y dispuso a su vez en el testamento unos legados, el heredero podía detraer la cuarta de los legados y - del fideicomiso. En caso de concurrencia en una herencia de legados y de un fideicomiso de herencia por el resto del caudal hereditario, el heredero se lucrará de la cuarta en ambos casos, con lo que, creemos, se siguen protegiendo en cierto modo los intereses del fiduciario al que se quiere recompensar por su labor de intermediario.

El texto para nosotros es substancialmente clásico.

El libro III, como ya vimos, se refería a las libertades fideicomisarias.

El libro IV de Pomponio aparece en la Palingenesia Leneliana sin ningún título indicativo, pero a nosotros nos parece que por el tema tratado en el único fragmento que de él se ha conservado (D. 36.1.74) tiene cabida dentro de las herencias fideicomisarias: Heres praecepto fundo rogatus erat hereditatem restituere: fundus alienus erat. - Aristoteles aiebat videndum. utrum omnimodo penes heredem fundum esse voluit testator an ita demum. si ipsius est: sed sibi superius placere ideoque aestimatio eius retinenda est.

Un heredero debía restituir una herencia a cambio de quedarse con un fundo, y el fundo era ajeno. Aristón decía que había que ver si - el testador quiso que el heredero se quedara de todos los modos con el fundo o tan solo si el fundo era suyo, pero que le parecía mejor solución la primera, por lo que el heredero podía retener la estimación (del fundo).



Podríamos considerar el fundo con el que debía quedarse el heredero fiduciario como un prelegado (195). Nos encontramos con un problema que fue muy debatido y es el de la posibilidad de legar una cosa ajena. Aquí parece que Aristón, seguido por Pomponio, sostenía que - era válido este legado aunque el testador desconociera que el fundo no era suyo, rechazando la posibilidad de indagar si el testador solo quería que fuera válido el legado si la cosa objeto del mismo era suya. Por otra parte, Neracio Prisco (D. 31.67,8, Papiniano 19 quest. y I. 2.20,4, (196) sostenían que para que el legado fuera válido debía conocer el causante que la cosa era ajena. Y la prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena. Y la prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena incumbía al legatario como se dice en D. 22.3.21 (Marciano 6 Inst.) y en I. 2.20.2, in fine. De esta postura se deduce que el testador no habría dispuesto el legado de saber que la cosa no era suya (197).

Podemos concluir que en el texto se mantiene por Aristón y Pomponio una postura sobre un problema que fue muy discutido y que de hecho la solución que prevaleció no fue la mantenida por estos juristas sino, como hemos visto, la defendida por Neracio Prisco. Y estamos con Grosso cuando afirma que para un caso particular como el nuestro, el enunciado de que es válido el legado aun ignorando el testador que - la cosa era ajena puede tener un arranque clásico, como demuestra - nuestro texto. (198) Por otra parte, tenemos que considerar la especialidad que supone lo mencionado en el mismo puesto que no se trata propiamente de un legatario ni de un legado, ni tampoco entra claramente en la figura del prelegado en la que le hemos incluido para - efectuar su análisis.

---

(195) Esta figura, como sabemos, podía darse cuando los herederos eran varios pues si fuese un heredero único sería absurdo que - se debiera a sí mismo el legado. En nuestro caso no se habla - más que de un heredero, pero al ordenarle restituir la herencia, salvo ese fundo, creemos no forzar mucho la figura del - prelegado incluyéndose en él.

(196) En la parte que dice: quod autem diximus alienam rem posse legari ita intelligendum est, si defunctus sciebat alicuiam rem - non et si ignorabat: forsitan enim, si scisset alienam, non - legasset.

(197) Teoria generale ... cit, pag. 291.

En cuanto a la genuinidad, Beseler (199) cuestionó desde videndum hasta el final, proponiendo en su lugar heredes nisi accepta fundi aestimatione hereditatem non debere. Bartosek (200) también aceptó - el que el texto no es genuino.

Nosotros creemos que el texto es substancialmente clasico, que - contiene una postura que fue muy discutida y que posiblemente se -- aplicó al caso concreto al que hacía referencia.

Son pocos los textos que nos han llegado de Pomponio referidos a las herencias fideicomisarias, pero son suficientes para poder apreciar que los temas que le preocuparon son similares a los tratados - por los otros juristas. Las acciones de que dispone el fideicomisario para reclamar al fiduciario por actos que ha realizado sobre las cosas hereditarias y la suma de tiempos en las acciones que tienen - un plazo para su ejercicio son las noticias que nos proporciona en - el campo de las acciones.

También la correcta deducción de la cuarta tiene su lugar en los restos que nos han llegado, estando presente la tendencia que ya hemos señalado dirigida a proteger en cierta medida los intereses del fiduciario así como que se cumpla la voluntad del causante.

Finalmente Pomponio nos informa de una corriente de opinión que - fue muy debatida en su época acerca de la validez o invalidez del legado de cosa ajena según que el causante desconociera o no que la cosa que legaba no le pertenecía.

Vemos pues una línea de continuidad en los diferentes juristas - que estamos estudiando sobre las materias que les preocupaban en el tema de los fideicomisos.

---

(198) I legati..., cit. pag. 253.

(199) Miszellen, en SZ 45 (1925) pag. 476.

(200) Il SC. Trebelliano, loc. cit., pag. 335.

D) Gayo.

El libro II de fideicommissis de Gayo aparece intitulado en la Pa-  
 lingenesia leneliana Ad senatus consultum Trebellianum, y el fragmen-  
 to que situó Lenel en primer lugar fue D. 36.1.10: (Sed et si ante -  
dies vel ante condicionem restituta sit hereditas, non transferuntur  
actiones, quia non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit -  
plane posteaquam exstiterit condicio vel dies venerit si ratam habeat  
restitutionem hereditatis, benignius est intellegi tunc translatas -  
videti actiones).

Entramos en el estudio de los fragmentos de Gayo con un tema que  
 ya nos es conocido; el del traspaso de las acciones del fiduciario -  
 al fideicomisario. Si la herencia es restituida antes del término es-  
 ñalado o antes de cumplirse la condición, no se transmiten las accio-  
 nes, pues no se restituyó la herencia como encargó el testador. Pero  
 se añade que si después de cumplida la condición o llegar el término  
 el heredero ratifica la restitución de la herencia es más favorable  
 entender que las acciones quedan transferidas desde ese momento.

Lo primero que deducimos es que la restitución de la herencia de-  
 be hacerse de acuerdo con lo que haya dispuesto el testador (201) -  
 (quia non ita restituitur, ut testator rogavit) y al no hacerse así,  
 puesto que se realiza antes de cumplirse la condición o el término -  
 dispuesto por el causante, no se transmiten las acciones ex SC. Tre-  
belliano.

En cuanto a la genuinidad, coinciden en considerar interpolado -  
vel ante condicionem, en el sentido de que el texto solo se refería  
 a supuestos de término, Albertario (202) y Guarneri Citati (203). -

(201) Cfr. Voci, Diritto ereditario, cit. II, 2, nota (82) pag. 361  
 en la que Voci sostenía que la restitución debía realizarse se-  
 gún las modalidades establecidas por el disponente, en el lu-  
 gar por el indicado, en el tiempo establecido al cumplirse la  
 condición impuesta. Vid. tb. a este respecto lo que decimos en  
 pag. 74 recogiendo la opinión de Guq.

(202) Conceptus pro iam nato habetur, en BIDR 33 (1923) pag. 75.

(203) Contributi alla dottrina della mora, en ANN. Palermo, 11 (1923)  
 nota (1) pags. 249-251.

Albertario manifestó también sus sospechas sobre el periodo final - plane — videri actiones defendiendo la no clasicidad del término benignius, aduciendo la presencia de plane, el habeat que aparece - sin sujeto, y la falta de lógica jurídica en la decisión final.

Creemos que el benignius est tiene sabor bizantino, y también - nos extraña que el habeat aparezca sin sujeto.

En cuanto a vel ante condicionem, las opiniones no son unánimes.- Para Scialoja (204) Gayo se refería tanto al término como a la condición. Trató de superar la pretendida contradicción existente entre D. 36.1.10, y C.6.42, de fideic., 12, que dice: Imp. Philipus A. et Philipus C. Rufino. Post mortem suam rogatam restituere hereditatem defuncti iudicio et antequam facti munus impleat posse satisfacere - (id et retinere hereditatem) quarta parte vel retenta omnia. si voluerit. explorati iuris est. PP. id. oct. Peregrino et Aemiliano - consp. [ a. 224 ]

Como se aprecia con la comparación de los dos textos, la contradicción consistiría en que mientras que en el fragmento del Digesto no se concede plena eficacia a la restitución del fideicomiso universal hecha antes de cumplirse la condición o haber vencido el término, en la constitución del emperador Filipo se concede válidas a la restitución hecha en vida por el fiduciario, de un fideicomiso que se le ha encomendado restituir post mortem.

En ningún momento a lo largo de su detallado estudio dudó Scialoja de la clasicidad de la primera parte del texto. Es más, afirmó - que era preciso mantener que en D. 36.1.10 se hablaba de un fideicomiso universal bajo condición o término y que el principio que se - contenía en el texto estaba plenamente de acuerdo con las palabras y con el espíritu del SC. Trebelliano que quería que en el caso de un fideicomiso universal las acciones hereditarias pasasen del fiduciario al fideicomisario, el cual vendría a ser considerado heredis loco. Y esto, por respeto a la voluntad del testador, y, por tanto, -

(204) Sulla cost. 12 de fideic. 6.42 in relazione col fr. 10 ad SC. Treb. 61,1. en Studi I, pags. 292-301.

en el modo y en los límites impuestos por esta voluntad. (205) A nosotros nos convencer los argumentos de Scialoja y la conclusión a la que llegó de que no existe contradicción entre estos textos. ¿Por qué niega Gayo el paso de las acciones en el caso de restitución ante diem vel ante condicionem? Porque, como dijimos al principio, non ita restituitur hereditas ut testator rogavit. ¿Qué hace el heredero al que se ruega restituir el fideicomiso post mortem suam restituyendo antes, según el rescripto de Filipo? Defuncti iudicio satisfacit. En el primer caso se trataría de términos y condiciones tales que excluyen una restitución precedente; en el segundo caso se trataría de una condición la cual no excluye tal espontáneo precedente y el incondicionado cumplimiento de la obligación del fiduciario. Todo se reduciría, en opinión de Scialoja que compartimos plenamente, a la interpretación de la voluntad del testador que reina soberana en esta materia de fideicomisos. ¿No es más natural, siguió preguntando se Scialoja, interpretar la disposición que ordena la restitución de un fideicomiso después de la muerte del fiduciario en el sentido de que el testador haya querido que el fideicomisario obtenga la herencia definitivamente beneficiando sin embargo al fiduciario y haciéndole disfrutar de los frutos de la herencia durante su vida? Una disposición de tal naturaleza no se interpretaría como si se hubiera escrito "no tenga el fideicomisario la herencia sino después de la muerte del fiduciario", sino como si se hubiera dicho expresamente, "no esté el fiduciario obligado a restituir la herencia hasta su muerte". (206)

(205) Loc. cit. pag. 294. Con esta afirmación, dice, están de acuerdo todos los autores modernos, los cuales no hablan de la antinomia entre Digesto y Código pero aceptan el significado, y por lo tanto la no interpolación en lo referente a vel ante condicionem que él propone. Cita entre otros a De Crescenzo, Maynz, Fuchta, Doecking, etc. Es de resaltar la sinceridad de Scialoja que afirma que por sí misma, sin embargo, esta admirable conformidad en la interpretación de los autores más recientes no significa gran cosa, porque en general se copian unos a otros sin pensar mucho en el tema.

(206) Vid. loc. cit. pag. 300. Una situación en cierto modo similar es la tratada por Valente en su libro VII, D. 33.1.15. en donde, citando a Iavoleno, distingue el que la condición o el término sean impuestos en interés del fiduciario o del fideicomisario. Vid. pag. 201.

Suscribiendo esta interpretación de Scialoja, consideramos que el texto, en su primera parte, es substancialmente clásico, admitiendo la manipulación en la llamada a la bonitas que aparece en el período final.

A continuación situó Lenel D. 36.1.65, fragmento extenso que nos presento dividido en dos partes, D. 36.1.65, pr.-4, y D. 36.1.65, - 5-15, intercalando entre ambos otros dos fragmentos, D. 10.2.40, y - D. 32.96.

El principium de D. 36.1.65, dice: Facta in fideicommissarium - restitutione statim omnes res in bonis fiunt eius, cui restituta - est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem.

Una vez hecha la restitución al fideicomisario todas las cosas pasan al patrimonio de aquél a quien se restituyó la herencia, aunque no hubiera tomado posesión de ella.

Vemos aquí la importancia que se da a la convención de restitución de herencia. Esta convención tiene la eficacia de transferir al fideicomisario un poder real sobre los bienes independientemente de toda traditio. Ya nos hemos referido a este tema cuando basados en este texto hacíamos la misma afirmación de acuerdo con Cuq, postura que, como vimos, no era admitida por Biondi (207). Para nosotros, el contenido del texto es substancialmente clásico y la convención que en él se recoge tiene el efecto de transmitir la titularidad sobre los de hereditarios.

El § 1º (Si is qui hereditatem sibi reddi ab herede stipulatus sit eique ex stipulatu agenti restituta fuerit hereditas, constat nihilo

(207) Este en Successione testamentaria...; cit. pag. 488 extrajo del texto conclusiones opuestas a las nuestras ya que una vez considerado afirmó que la restitutio no tenía carácter translativo y que las cosas hereditarias se encontraban en el fideicomisario in bonis, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem. Vid. a este respecto lo que decimos en págs. 73 y 74.

minus transferri actiones, hoc ita est, si is cum quo actum sit restituat hereditatem: si vero ob id quod non restituerit aestimatione hereditatis condemnatus fuerit, remanent actiones hereditariae apud eum qui condemnatus sit, actor autem quantitatem consequitur), sigue tratando aspectos de la transmisión de acciones hereditarias entre - el heredero fiduciario y fideicomisario. Si se hubiera restituido - una herencia al que estipuló del heredero que se le entregara aquella y la reclamaba con la acción de la estipulación; se establece - que consta que no por ello dejan de transferirse las acciones. Pero esto es así si el demandado restituye la herencia, porque si fuera - condenado a pagar lo estipulado por no haberla restituido, las acciones hereditarias siguen perteneciendo al demandado condenado, y el - demandante se queda con la cuantía. Distingue Gayo dos supuestos una vez realizadas las estipulaciones entre fiduciario y fideicomisario:

- a) Si el fideicomisario reclama con la acción surgida de la estipulación y el fiduciario voluntariamente restituye, se transfieren normalmente las acciones hereditarias.
- b) Si el fiduciario es condenado a pagar lo estipulado previa reclamación del fideicomisario por no haber restituido voluntariamente, el fiduciario conserva las acciones hereditarias y el fideicomisario obtiene la cuantía que se haya estimado en el litigio.

Pero lo que llama la atención es que el texto regula un supuesto a nuestro parecer anterior a la vigencia de los SS.CC. Trebeliano y Pegasiano, y en época de Gayo estos ya estaban en vigor. El mismo Gayo, en sus Instituciones, nos da detalladas noticias de ellos. En II 253, refiriéndose a la entrada en vigor del SC. Trebeliano, dice: per quod senatus consultum desierunt illae cautiones in usu haberi..., y en II, 258, hablando del SC. Pegasiano, dice: ... quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui receperit hereditatem. Puede ser que Gayo en nuestro texto se refiriera a las estipulaciones que se cruzaban entre fiduciario y fideicomisario cuando el fiduciario restituye pero retiene la cuarta ex SC. Pegasiano. En todo caso, el texto no está claro. Sospecharon de

su genuinidad Mommsen (208) y Gradenwitz (209), y aceptamos sus sospechas en base a la poca claridad que el mismo tiene.

El § 2, dice: Si heres scriptus restituerit hereditatem et postea de hereditate controversiam passus victus sit aut lite coarserit, durare actiones constitit in fideicommissarium semel translatas.

Si el instituido heredero hubiera restituido la herencia fideicomisaria y luego hubiese resultado vencido en un litigio sobre la herencia o se hubiera allanado, las acciones ya transferidas al fideicomisario consta que perduran en él.

También apreciamos falta de precisión en este texto. No se concreta si el fiduciario ha adido y restituido voluntaria o coaccionadamente y no podemos por tanto determinar las acciones que pasan de uno a otro y como se efectúa este traspaso, si el fiduciario puede o no interponer en el litigio la exceptio restitutae hereditatis, etc. Creemos por ello que el texto nos ha llegado muy resumido.

En el § 3º (Si quis maiorem partem restituerit quam rogatus est, in eam partem quae excedit non transferuntur actiones, sed cum praecepta aliquae aut summa rogatus sit heres restituere et omnia retentione totam hereditatem restituerit, recte dicitur transferri actiones), se trata el supuesto de que el fiduciario restituya una parte mayor de la que se le rogo transmitir en cuyo caso, en esa parte que entregó de más no se transfirieron las acciones hereditarias. Pero si se le encomendó que restituyera reteniendo él alguna cosa o suma de dinero y hubiera restituido toda la herencia sin hacer ninguna retención, las acciones se transfieren enteramente.

El fideicomisario que recibe más de lo que se le debía en virtud del fideicomiso, no adquiere enteramente las acciones de la herencia,

(208) Edic. Corpus Iuris Civiles, Mommsen-Krueger, D., nota (18) pag. 573.

(209) Textkritisches, en SZ 14 (1893) pag. 118.



sino solamente las correspondientes a la parte debida. Para que la - restitución, por lo tanto, surta el efecto de transmitir las acciones debe estar fundada en un fideicomiso efectivamente debido, y lo que se entrega de más es irrelevante en lo relativo a la transmisión de acciones.

En todo lo que sobrepase no se procece la transmisión de acciones (210).

Bescler (211) sospechó de omissa retentione, pero creemos que - ésto no afecta en nada a la claridad substancial de la idea contenida en el texto.

D. 36.1.65,4, dice: Si heres ante restitutam hereditatem servum hereditarium heredem ab aliquo institutum iusserit adire hereditatem rogat Iulianus debere hanc hereditatem restituti. quia de ea rogatus non esset. et hoc est fatendum. requirendum tamen et illud est, - num cum incremento restituere heres rogatus sit hereditatem: si enim hoc fuerit subsecutum. etiam eam hereditatem restituere cogitur. nisi evidentissimis probationibus fuerit ab herede adprobatum contemplatione sui servum esse heredem institutum.

Si el heredero, antes de restituir la herencia fideicomisaria hubiera autorizado aun esclavo de esa herencia para que adiese una - herencia de la que alguien le había nombrado heredero, niega Juliano que esa herencia deba restituirse, pues no se rogó esa restitución; Gayo, no enteramente satisfecho con esa solución, propuso que hay - que averiguar si se encomendó al heredero restituir la herencia con sus incrementos pues si así fuera se le obligará restituir también - esa otra herencia, a no ser que resultara de pruebas evidentes - alegadas por el heredero fiduciario que el esclavo había sido instituido heredero en consideración a él.

(210) Cfr. Voci, Diritto creditario, cit. II, 2, págs. 353 y 360.

(211) Textkritische studien, en SZ 53 (1933) pag. 33.

Lenel indicó que Gayo extrajo esta cita del libro 40 Dig. de Julia no (de fideicommissis, 2, ad SC. Trebellianum et Pegasianum), y efectivamente si comparamos los dos textos (D. 36.1.65,4 y D. 36.1.28,1) comprobamos la similitud de temas tratados y de soluciones propuestas. (212).

La primera parte del texto en la que se afirma que los aumentos - que experimenta la herencia a restituir en el periodo que va desde - la adición hasta la restitución, aumentos producidos en este caso por la adquisición que realiza un esclavo hereditario, son en favor del heredero fiduciario, nos parece substancialmente clásica.

En la segunda parte del texto se contempla el caso de que el causante impida al fiduciario retener alguna cosa, ni siquiera lo que - la herencia en las circunstancias antes expuestas produjese. El heredero fiduciario tendría que restituir no sólo el esclavo, sino también la herencia que éste había adquirido a no ser que se probara - que la institución se hubiera hecho en consideración a él. Este periodo tiene trazas de ser compilatorio como ya lo señalaron entre - otros Faber (213), Lenel (214) y Albertario (215). Pero nosotros estamos con Voci cuando, aún reconociendo la posible manipulación compilatoria, admitió que el texto expresaba una regla que el régimen - de la restitución no podía desconocer. El esclavo era propiedad del heredero fiduciario y podía seguir siendo de él durante mucho tiempo. Y no hay duda de que podía ser instituido heredero contemplatione domini, ya que se trataba, por ejemplo, de un amigo del fiduciario que ni siquiera conocía al fideicomisario, ¿cómo permitir que éste adquiriera la herencia deferida al esclavo? (216).

(212) Vid. Lenel, Pal., I, cols. 239 nota (1) y 424.

(213) Coniectarum ..., citado en el Index. Se señala como interpolado desde et hoc hasta el final.

(214) Pal., I, nota (2) col. 239, dice que et hoc est fatendum... - heredem institutum, haec omnia videntur esse Tribonian.

(215) Sulla dotis datio ante nuptias, en Studi I, nota (6), págs. - 322-323, en la que estudiando la genuinidad de evidenter y sus derivados.

(216) Diritto ereditario, cit. II, 2, págs. 945-946.

Este planteamiento de Voci nos parece que debe de ser tenido en cuenta y por ello concluimos que aunque el texto presente síntomas de manipulación, consideramos su contenido substancialmente clásico.

En D. 10.2, familiae erciscundae, 40, situado a continuación por Lenel: (Si ex asse heres institutus rogatus sit mihi partem aliquam restituere, veluti dimidiam, utile familiae erciscundae iudicium recte inter nos agatur), dice Gayo que si al instituido heredero se le hubiera rogado que restituyese alguna parte, con razón se demandará entre nosotros con la acción útil de partición de herencia.

El supuesto recogido es el del fiduciario a quien se ha encargado restituir una fracción de la herencia inferior a las tres cuartas partes. (217) Aún estando vigente el SC. Pegasiano, en estos casos se seguía aplicando el SC. Trebeliano y la situación del fideicomisario era heredis loco. Los bienes corporales estaban en situación de pro indiviso. El fideicomisario podía pedir la partición mediante una actio familiae erciscundae utilis, como afirma Gayo, solución que podemos estimar como clásica.

En D. 32.96,: (Si Titius ex parte heres rogatus sit Maevio hereditatem restituere et rursus Titio cohores eius rogatus sit partem suam aut partis partem restituere, an hanc quoque partem, quam a coherede ex fideicomisso recipit, Titius restituere Maevio debeat, - divus Antoninus consultus rescripsit non debere restituere, quia hereditatis appellatione neque legata neque fideicommissa continentur), la cuestión planteada es la siguiente: Ticio es instituido heredero junto con otra persona. El causante encomienda a Ticio que restituya su parte a Mevio y al coheredero de Ticio que restituya toda su parte o parte de ella a Ticio. Se consultó a Antonino Pio si Ticio debía restituir a Mevio también esa parte que recibió del coheredero - en virtud del fideicomiso -, y el princeps respondió por rescripto - que no debía restituir esa parte porque en la denominación de herencia no se comprenden los legados ni los fideicomisos.

(217) Caso ya estudiado por nosotros en pags. 75 y ss y nota (125).

Se delimita en el texto lo que debe entenderse por herencia cuando se encomienda la restitución de la misma, y así como en D. 36.1.-65,4, podía dudarse sobre la obligación de restituir los aumentos - que en la herencia se habían producido en el periodo comprendido entre la adición y la restitución, en este caso, que es diferente, no hay duda posible. Y el caso es diferente porque aquí no se puede - considerar que es la herencia lo que ha aumentado. Si el causante hubiera querido que toda su herencia fuera a manos de Mevio habría utilizado otros medios, por ejemplo, encomendar al coheredero la restitución a Mevio, o encomendar a Ticio que todo lo que recibiese a causa de su muerte lo restituyera a Mevio. Y la voluntad del causante - se ve que no es esa. Así lo determinó también Antonino Pio en su *rescripto*.

En nuestra opinión el texto es substancialmente clásico.

Lenel nos presentó la última parte del libro II de Gayo, compuesto por D. 36.1.65, 5-15, bajo la rúbrica *ad SC. Pegasianum*.

En el § 5º (*Rescripto divi Antonini significatur. ut. si quis accepta a Titio pecunia. quae quartam hereditatis continet. rogatus sit - ei restituere hereditatem. licet tardius detur pecunia. sine usuria eam dari debere. quia quanto tardius quisque pecuniam dat. tanto - tardius ad fideicommissum pervenit et medi tempore fructus perdit. quandoque si ante datam pecuniam tenuerit hereditatem. fructus quos percepit restituere heredi cum oportere*), se refiere Gayo a otro *rescripto* de Antonino Pio en el que se establece que si a uno se le rogara restituir una herencia a cambio de una cantidad que cumplía la cuarta parte de aquella, aunque se retrasara la entrega de la cantidad, el fideicomisario no debía dar intereses por ésta, pues cuanto más se retrasara en dar la cantidad, tanto más tardaría en obtenerse el fideicomiso y perdería entonces los frutos del tiempo intermedio. Si el fideicomisario hubiera obtenido la herencia antes de dar la - cantidad, debería, por tanto, restituir al heredero los frutos del - tiempo intermedio.

Del texto podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Se puede imponer al heredero la restitución de la herencia accepta certa summa (accepta pecunia, en nuestro caso). Esta suma no se recibe, en rigor, a título hereditario (diferente es este caso a cuando se le impone al heredero la restitución de la herencia o de parte de ella detracta o retenta certare, en cuyo supuesto la cosa o la suma detruida va al heredero a título hereditario y por lo tanto se imputa en la cuarta). Pero una constitución de Adriano (recogida por Papiniano, 20 quest., D. 35.2.93) confirmada después por Antonino Pío, entre otros en nuestro texto, dispone que cuando al heredero se le imponía restituir accepta certa summa, esta suma se le impute en la cuarta.
- En cuanto al problema de los frutos, queda claro que los producidos desde el momento de la adición y antes de la restitución pertenecen al heredero fiduciario, y de ahí que se obligue al fideicomisario a devolverles si ha recibido la herencia antes de haber pagado al fiduciario la cantidad que le era debida. (218).

El texto, a nuestro modo de ver, es completamente genuino.

D. 36.1.65,6 dice: Idem iuris est et si quis ita heredis fidei commisserit: "rogo, si Titius tibi centum dederit, restituas ei hereditatem meam".

Ya vimos (pag.550<sup>ys</sup>) que había discusión en torno a este tema. - Meciano pensaba que en estos casos la suma no la recibía el heredero a título hereditario, sino en un título similar a la venta en cuyo caso se admitía también la imputación a la cuarta. Escóvola, sin embargo, pensaba que se recibía a título de cumplimiento de condición. Gayo aplicó el mismo régimen que había expuesto para el caso anterior

(218) Cfr. Voci, Diritto ereditario, cit. II, 2, pags. 765, nota (55), y 362-363, nota (9).

y en este caso los diez mil sesteracios también debían ser imputados en la cuarta. El texto manifiesta una de las posturas vigentes. Gayo extendió el rescripto de Antonino Pio a esta situación. Creemos por ello que en el texto es substancialmente clásico.

En el § 7º (Si sub condicione heres institutus sit qui suspectam - sibi hereditatem esse dicit, si neque difficultatem neque turpitudinem ullam habet condicio nec impendium aliquid, iubendus est parere conditioni et adire et ita restituere: si vero turpis aut difficilis sit condicio, aperte iniquum est cogi eum explere eam alterius gratia, sed et remitti eam ab initio visum est: plus enim tribui a praetore ei qui fideicommissum petit, quam testator voluit, absurdum est utique autem testator, nisi expleta sit condicio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit neque per hunc illi voluit restitui hereditatem) el heredero fiduciario es instituido bajo condición y declara la herencia sospechosa. Si la condición no es de excesiva dificultad, ni inmoral, ni supone gasto alguno, se le obliga a cumplirla, a adir la herencia y restituirla al fideicomisario. Pero si la condición es inmoral, o excesivamente difícil, es abiertamente injusto obligar al fiduciario a cumplirla en provecho de otro. Pero también parece, se añade, que desde el primer momento se le puede dispensar de cumplirla, pues es absurdo que el pretor conceda al que pide un fideicomiso más de lo que quiso el testador, ya que este no llamó al heredero instituido más que en el caso de haberse cumplido la condición, y no quiso que sin esta condición pasara la herencia al fideicomisario por mediación del heredero.

El supuesto tratado es el siguiente: -heredero instituido bajo condición al que se le impone un fideicomiso de restituir la herencia recibida. -el heredero declara sospechosa la herencia. -el fideicomisario acude al pretor para que se aplique el SC. Pegasiano. -el pretor, si la condición no es inmoral ni muy difícil de cumplir, ni supone gasto alguno, coacciona al heredero para que la cumpla, adire y restituya. -pero no siempre se puede constreñir al heredero al cumplimiento de la condición: si la condición es inmoral o difícil de cumplir, no se le obligará. -la opinión que se expone al final del texto es que desde el primer momento se le puede dispensar de cumplir -

la condición para no violar la voluntad del causante que quiso que la herencia llegara al fideicomisario si se cumplía la condición.

Como primera aproximación al contenido del texto, que ha sido ampliamente debatido, podemos decir que parece deducirse que se dispensa el cumplimiento de la condicio turpis. Biondi (219) advirtió que el texto no era claro y que su dificultad no se resolvía críticamente, y, efectivamente, el texto no resulta congruente. En la primera parte parece que se exonera al heredero del cumplimiento de la condición torpe o difícil, y en la parte final, por el contrario, se afirma que no se puede conceder más que aquello que el testador ha querido.

De Ruggiero (220) lo estudió profundamente con todas las rectificaciones y modificaciones que se han propuesto (desde la de Mommsen en su edición del Digesto, para quien las palabras ab initio serían una lectura corrupta de A PR INIQUU -a preatore iniquum- que rechazó porque con la doble utilización del iniquum el segundo destruía al primero, hasta la de Desiderio Heraldo, que sostenía que todo el período plus enim tribui — restitui hereditatem había cambiado de lugar y debía ser colocado después del § 2) para llegar a la conclusión de que con este texto no deben contar los intérpretes ya que por los desperfectos que ha sufrido todo su contenido es sospechoso. En el derecho clásico era desconocida la equiparación de las condiciones turpes a las imposibles, que aparecen con un tratamiento similar en nuestro texto, y se puede afirmar que fue Justiniano quien efectuó tal equiparación. Pero seguir por este camino sería salirnos de nuestro tema centrado en el texto de Gayo que equipara a las condiciones turpes con las imposibles.

Selazzi (221), con más decisión que De Ruggiero, tomó en cuenta este texto gayano para afirmar que el único y verdadero desperfecto

(219) Successione testamentaria... cit, nota (3) pag. 494

(220) Sul trattamento delle condizioni immorali e "contra leges" nel diritto Romano, en BDIR 16 (1904) pag. 173-177.

que presenta es la intervención de los compiladores, ya que en la herencia fideicomisaria la condicio turnis no podía ser tratada de forma diferente que en cualquier otra institución de heredero, y que si Gayo hablaba de ella sería para recordar la posibilidad de la remissio no para complicarse en la perplejidad del texto actual en el que la remissio parece concederse antes (sed et remitti eam ab initio), y después se rechaza en el motivo plus enim... Ahora bien, Solazzi tampoco se atrevió a afirmar que parte correspondía originalmente a Gayo desde si neque difficultatem hasta el final, pero, en su opinión, la interpolación se inspiró en la misma corriente de ideas que movió a interpolar D. 36.1.32,2 Marciano 9 Inst., (también sobre un heredero instituido bajo condición, solo que la subcomisión sabiniana, a quien corresponde D. 36.1.32,2 se atrevió a manifestar más claramente su pensamiento, y la papiniana, a la que corresponde nuestro texto, osciló entre varias dudas.

Nos parecen más prudentes las consideraciones expuestas por De Ruggiero. No negamos que Solazzi pueda tener razón en parte de sus afirmaciones, pero alguna de ellas nos producen ciertas inseguridad, como la de que la condicio turnis no podía ser tratada en las herencias fideicomisarias de diferente forma que en cualquier otra institución de heredero. No sería el primer caso en que en el campo de los fideicomisos se variara el tratamiento que se daba a los problemas en otras sedes. Por ellos admitiendo la manipulación del texto, no extraemos conclusiones del mismo como hizo De Ruggiero, y suscribimos la opinión adelantada por Biondi de que las dificultades que presenta no se solucionan con una revisión crítica del mismo.

D. 36.1.65,8, dice: Si dandas pecuniae condicio adscripta est heredi, debet ei offerre pecuniam is qui poscit fideicommissum, ut hereditatem impleta condicione possit adire et restituere.

Este texto es más claro de interpretar. Si se le puso al heredero la condición de dar dinero, dice Gayo que se lo debe ofrecer el que

(221) Sulla condicio emancipationis, cit., en AG. 86 (1921) nota (1) pag. 192 Tb. en Scritti II, nota (55) pag. 483. Tanto en uno como en otro lugar a De Ruggiero se le llama de Ruggiero.



pide el fideicomiso, para que cumplida la condición por el heredero, pueda éste adir y restituir la herencia. (222) Se establece aquí el principio de que si el cumplimiento de la condición que se impone al heredero fiduciario consiste en una datio, el fideicomisario debe proporcionar los medios precisos para que cumpla la condición y una vez cumplida realice los actos pertinentes para restituir la herencia. (223).

El texto, en nuestra opinión, es substancialmente clásico.

En el § 9º (Quod si condicio adscripta est et ea est, quam praetor remittit, sufficit edictum, ut Iulianus ait: hactenus iubendus est, ut constituat praetoris actionibus uti aut petat bonorum possessionem secundum tabulas, ut ita nactus actiones tunc restituta hereditate transferat eas ex senatus consulto) el causante impone al heredero fiduciario una condición de las que el pretor dispensa, y opina Gayo, de acuerdo con Juliano (224), que debe disponerse que se ejerciten las acciones pretorias y pida la posesión de los bienes hereditarios conforme al testamento, de manera que, al conseguir las acciones, las transfiera restituyendo entonces la herencia conforme al SC.

La genuinidad del texto fue discutida por Beseler (225). En su opinión, había que reputar como alterada toda la parte comprendida entre hactenus y senatus consulto. Solazzi (226) se mostró de acuerdo

(222) No nos convence la traducción que de este texto se hace en la edición castellana del Digesto de los prof. D'Ors, Hernández-Tejero, etc. Allí se dice: si se asignó al fiduciario la condición de que le de una cantidad (el fideicomisario) el que pide el fideicomiso... No vemos por qué aparece el fideicomisario en ese lugar, trastocando todo el sentido del texto. Creemos que más de acuerdo con éste es traducir: si se asignó al heredero (fiduciario) la condición de dar dinero, se lo debe ofrecer el que pide el fideicomiso (fideicomisario)...

(223) Cfr. Voet, Diritto creditario, cit., II, 2, pag. 355 y nota - (37) pag. 799.

(224) Situó Lenel esta opinión de Juliano en su libro XL Dig. de fideicommissis II. ad SS. CC. Trebellianum et Pegasianum. Vid. - Pal. I, col. 427.

con Beseler y manifestó que Gayo decía bien sufficit edictum. Una vez acordada la dispensa, el heredero instituido debía adir y restituir la herencia al fideicomisario.

Aceptamos la opinión de Solazzi. Todo lo demás es complicar una situación que se presente clara.

D. 36.1.65, 10, dice: Si vero nominis ferendi condicio est, quam praetor exigit, recte quidem facturum videtur, si eam expleverit: nihil enim male est honesti hominis nomen adsumere, nec enim in famosis et turpibus nominibus hanc condicionem exigit praetor, sed tamen si recuset nomen ferre, remittenda est ei condicio, ut Iulianus ait, et permittendae utiles actiones, aut bonorum possessio secundum tabulas danda est, uti nactus actiones transferat eas ex senatus consulto.

En este caso, la condición que pide el pretor se cumpla es la de tomar el nomen del testador, y parece que hará bien en cumplirla, porque nada tiene de malo tomar el nomen de un hombre honesto, ni el pretor pide que se cumpla cuando los nomen son infamantes o turpes. Pero si recusara llevar el nombre, se le ha de remitir la condición, como dice Juliano, y permitirle las acciones útiles, o darle la bonorum possessio secundum tabulas para que, habiendo adquirido las acciones, las transfiera por el senadoconsulto. (227)

Como vemos, la condición impuesta al causante es la de llevar el nomen del causante, y en la primera parte del texto parece que se

(225) Beiträge..., 3, pag. 93.

(226) Sulla condicio emancipationis, cit., pag. 192, nota (1).

(227) Tampoco nos convence la traducción castellana de este texto - en la ed. de los profs. D'Ors, Hdez.-Tejero, etc. Dice así: "si la condición es tomar el nombre el fideicomisario, condición - que el pretor no dispensa..." No vemos de donde se deduce la presencia del fideicomisario y que sea él quien tenga que tomar el nombre. Se está hablando de la institución de heredero sub condicione, y en todo caso quien tiene que tomar el nombre del causante es el heredero, nunca el fideicomisario.

aconseja el cumplimiento porque no tiene nada de malo llevar el nomen de un hombre honesto, y además el pretor dispensaría al fiduciario - si los nomina fueran infamantes o turpes. En la segunda parte del - texto ya se decide sobre la cuestión de que el fiduciario no quisiera cumplir la condición. En este caso el pretor le dispensará de su cumplimiento, como dice Juliano (228), y el fiduciario realizará los - actos pertinentes para transmitir las acciones de la herencia al fideicomisario.

Las opiniones sobre la genuinidad del texto son contradictorias. Bartoszek (229) defendió su completa genuinidad afirmando que Juliano resolvía un supuesto práctico desde un punto de vista positivo y - otro negativo. Por el contrario, para Solazzi (230) está completamente reelaborado por los compiladores, ya que no existían, afirmó, - condiciones que praetor exigit; algunas (las inmorales, in fraudem legis), el pretor las dispensa o con el edicto o, a veces, mediante decretos; de otras, podía comprobar la nulidad (las imposibles) el - cumplimiento o incumplimiento, pero no era el pretor quien exigía la condición, sino la voluntad del causante. Sospechó también Solazzi - de recte quidem facturum videtur, que le pareció un argumento muy - inocente, puesto que si se podía constreñir al fiduciario a cumplir la condición no se resolvía la cuestión con sugerencias morales. Y aunque no hay nada de malo en asumir el nomen de un hombre honrado - también existen muchas razones buenas y serias para que el interesado no desee cambiar su nombre con el de otra persona. Y lo que se - quiere decidir es si de esas razones debe ser juez la conciencia del interesado, o debe someterse a la apreciación del magistrado. Finalmente, si el heredero rechaza cumplir la condición, remittenda est - condicio. A la exhortación benigna sigue, como ya vimos, la decisión de derecho, y ésta lanza al aire la distinción entre el honesti hominis nomen y los famosa et turpia nomina. Y para los últimos, efec-

(228) Para la ubicación de esta opinión, vid. nota (224)

(229) Il. CC. Trebelliano, cit. pag. 335.

( ) Sulla condicio emancipationis, cit. pag. 192-3, nota (1).

tivamente, nec hanc condicionem exigit praetor, y para los primeros remittenda est ei condicio, si el heredero se niega a llevar el nombre impuesto por el testador.

Solazzi llegó así a la conclusión, de que la dispensa de la condicio nominis ferendi, tenía lugar siempre que el heredero cumpliera voluntariamente. No indagó si esta era la solución clásica, pero el camino por el que se llega a la misma es el § 10, es, en su opinión, bizantino.

Nosotros creemos que sí que es clásica la solución en virtud de la cual algunas condiciones ilícitas o la condicio nominis ferendi eran dispensadas examinando caso por caso el pretor, sin que existiera una disposición legal de carácter general (231). Además, con esta dispensa, no creemos que en el fondo se forzara la voluntad del causante que quería que la herencia llegara al fideicomisario. Ahora bien, tenemos que admitir con Solazzi que el camino que se recorre en el texto para llegar a esta solución es un tanto complicado y con consideraciones que sobrepasan el campo de lo jurídico para entrar en el terreno de la moral y de las buenas intenciones. Por aquí sí podía haber penetrado la intervención compilatoria que dejando a un lado los argumentos, se deduce también por algún dato de carácter formal como el recte quidem facturum videtur, que para nosotros tiene sabor bizantino.

En el § 11 (Si cum suspectam videret, hereditatem postulante me - iussu praetoris adieris et restitueris mihi, ita utar legis Falcidiae beneficio adversus legatarios, si tu quoque ea lege uti poteris et - quatenus uti poteris: nam si quid praeterea a me alicui per fideicommissum relictum sit, id quasi a legatario relictum non venit in computationem eius legis, sed extrinsecus numeratus), aborda el tema de que si pareciendo que la herencia es sospechosa, a petición del fideicomisario y por disposición del pretor, la ade el fiduciario y la -

(231) Biondi, en Successione testamentaria..., cit. pag. 559 afirmaba que esta dispensa podía ser concedida también por el principes.

restituye, usará aquel del beneficio de la ley Falcidia contra los legatarios en el caso de que el fiduciario hubiera podido acogerse al mismo y en la medida en que hubiera podido hacerlo; porque si además se dejó a cargo del fideicomisario algún otro fideicomiso en favor de alguien, eso se cuenta aparte, y no entra en el cómputo de la ley Falcidia, como si se hubiera dejado a cargo de un legatario.

La cuestión debatida es si puede el fideicomisario retener la cuarta (ex SC. Pegasiano) en los legados y fideicomisos que tiene que cumplir por encargo del causante, y en este caso en concreto en el que el fiduciario ha sido conccionado a adir y restituir ex SC. Pegasiano.

Con carácter general, existe una opinión de Neracio recogida por Ulpiano (D. 36.1.1,19) por la que se niega al fideicomisario al que se restituyó una herencia entera por encargo del causante el derecho a detracer la cuarta cuando cumpla a su vez el encargo que se le encomendó de restituir la herencia a otro fideicomisario, a no ser que el heredero quiera que la liberalidad sea solo para el primer fideicomisario. (232)

El fideicomisario no puede detracer la cuarta ex SC. Pegasiano cuando él, a su vez, restituye la herencia, porque ésta, como la de la ley Falcidia, se aplica sólo en favor de los herederos. (233) Pero cuando el heredero, y es lo que se dispone en nuestro caso, declara sospechosa la herencia y es constreñido para que adiera y la restituya, se permite al fideicomisario efectuar la detracción ex SC. Pegasiano, con los límites con los que hubiera podido efectuarla el heredero fiduciario. (234).

(232) Vid. la crítica de este texto en pag. 635-636.

(233) Así, en un texto de Ulpiano, 79 ad ed., D. 35.2.47,1, se dice: Nunquam legatarius vel fideicommissarius, licet ex Trebelliano Senatus consulto restituitur ei hereditas, utitur legis Falcidiae beneficio.

(234) Cfr. Voci, Diritto ereditario cit., II, 2, pag. 353, en cuanto a la posibilidad de encomendar la restitución al fideicomisario universal, y Grosso, I legati ... cit, pag. 343, nota(2)

Creemos que el texto puede considerarse clásico. En él se muestra una diferencia establecida por el SC. Pegasiano en cuanto a permitir la detracción de la cuarta al fideicomisario frente a los legatarios cuando el fiduciario ha adido y restituido constreñido por el pretor.

Bartosek se mostró de acuerdo en sustituir videret por diceres, - basándose en que técnicamente suena mejor suspectam diceres hereditatem que como aparece en el texto. La corrección no tiene mayor transcendencia para el contenido de lo expuesto en el párrafo (235).

D. 36. l.65,12, dice: Si Titius rogatus sit hereditatem Maevio - restitueret. Maevius Seio certam pecuniam et Titius quartae retinendae beneficio adversus Maevium usus fuerit: Neratius scribit Maevium - quodcumque Seio eo minus secum esse praestare, ne inde de suo damnum - sentiat.

Si se ha rogado a Ticio restituir una herencia a Mevio, y a Mevio dar una determinada cantidad a Seyo, y Ticio hubiera hecho uso contra Mevio del beneficio de retención de la cuarta parte, según la opinión de Neracio (236) es justo que también Mevio pague eso de menos a Seyo para no sufrir ese perjuicio a su propia costa. Ticio, para poder hacer uso contra Mevio del beneficio de retención de la cuarta, ha tenido que adir voluntariamente la herencia y restituir, y Mevio, en su entrega a Seyo, también puede pagar de menos esa cantidad. La opinión que vimos anteriormente de Neracio creemos que no se contradice con esta que aquí recogió Gayo. En el supuesto estudiado en D.36.l. 1,19, Neracio negaba al derecho a detraer la cuarta al fideicomisario que tenía que restituir una herencia que había recibido entera, a - no ser que el causante dispusiera lo contrario. Aquí, en principio, no recibe la herencia entera, sino previa deducción de la cuarta que retiene el heredero, y tampoco tiene que entregar todo lo que recibe,

(235) II SC. Trebelliano, cit. pag. 335

(236) Este texto aparece en la Palingenesia Ieneliana en el apartado Neratius laudatur non indicato libro. Pal., I, col. 785.

sino cierta cantidad de la que se le permite detraer en proporción a lo que retuvo el heredero fiduciario en su restitución a Mevio.

En el § 13 (Julianus ait, si heres institutus Titius rogatus sit restituere, substitutus Mevio et institutus suspectus sibi hereditatem esse dicat, desiderante Titio iubendum cum adire et restituere) se recoge, como se ve, una opinión de Juliano <sup>(237)</sup> según la cual si se encargaba al heredero instituido restituir la herencia a Ticio y a su substituto restituirla a Mevio, y el instituido declarara la herencia sospechosa, a petición de Ticio se le debía obligar a adir y restituir. Deducimos, pues, que cuando el causante instituye heredero y le encomienda la restitución de la herencia, y también nombra un substituto para este heredero a quien encomienda la restitución de la herencia a otra persona diferente, no entra en juego la sustitución porque el primer instituido declare sospechosa la herencia, sino que el fideicomisario podrá actuar los medios a su alcance (los que le proporcio na el SC. Pegasiano) para que el primer heredero instituido adia y le restituya la herencia. El que el heredero declare sospechosa la herencia no es motivo suficiente para que entre en juego la sustitución.

Suponemos que nos encontramos frente a un supuesto de sustitución vulgar, y si tenemos en cuenta que esta entraba en juego en los casos en los que el instituido heredero en primer lugar no quería o no podía adquirir la herencia, también supone una modificación al régimen general lo que se dispone en el texto. El heredero no quiere adir la herencia (es cierto que se dice que porque la declara sospechosa, y creemos que este requisito sería necesario) pero no entra en juego la sustitución, sino que el fideicomisario puede obligar a que sea adida y se le restituya.

No encontramos en el texto indicios de manipulación o de alteración.

<sup>(237)</sup> Lenel situó esta opinión de Juliano, junto con las que aparecen en los 9 y 10, en el lugar que ya hemos indicado cuando estudiamos éstos.

D. 36.1.65,14, dice: Si quis bonorum possessoris fideicommissarit de hereditate res-tituenda et la passus fuerit diem bonorum possessio-nis adnoscendas transire aut per hoc tempus, quo is, cui restitui -debebit hereditas, aliqua ex causa non potuit adire praetorem et pos-tulare, ut petita bonorum possessione restitueretur sibi hereditas, -succurri ei debet, id est ut restitueretur tempus bonorum possessionis admittendas exhibendi fideicommissi gratia.

Se ruega por fideicomiso al llamado a la bonorum possessio que res-tituya la herencia y éste ha dejado pasar el plazo para pedir la bo-norum possessio, o por alguna causa no pudo el fideicomisario presen-tarse ante el pretor y solicitar que, previa petición de la bonorum possessio se le restituya la herencia. Dice Gayo que en estos casos debe ser amparado el fideicomisario de modo que se restituya el pla-zo para obtener la bonorum possessio con el fin de cumplir el fidei-comiso.

Del texto extraemos dos conclusiones: a) la posibilidad de enco-mendar un fideicomiso de herencia a quien puede pedir la bonorum -- possessio secundum tabulas; b) las amplias facultades concedidas al pretor para constreñir al que se encomienda la restitución de la he-rencia para que cumpla dicho encargo.

Ya advertió Voci <sup>(238)</sup> que la construcción para la aceptación de-bía ser entendida en un sentido amplio y que el pretor podía imponer la aditio al heres extraneus, revocar una renuncia ya producida, no -tener en cuenta la abstentio de un maius. Pero aquí vemos otra de sus facultades: podía también dar por no transcurrido el plazo o conceder un nuevo plazo para que quien tenga opción a la bonorum possessio -realizara la petición de la misma y una vez concedida restituyera -los bienes hereditarios al fideicomisario. Así debemos entender lo que Gayo nos expuso en el texto. Si quieren puede pedir la bonorum -

<sup>(238)</sup> Diritto ereditario, cit., II, e pag. 354.

<sup>(239)</sup> Plazo que, como es sabido, era de 100 días o un año para cier-tas personas.



possessio deja transcurrir el plazo para solicitarla <sup>(239)</sup>, o si durante el plazo no pudo el fideicomisario acudir ante el pretor, este podrá restituir el plazo o conceder uno nuevo para hacer posible el cumplimiento del fideicomiso.

No podemos dejar pasar por alto este último período que hace referencia a la tendencia existente, y aquí manifestada, de que los fideicomisos se cumplieran y la voluntad del causante se llevada a cabo. Aquí, como decimos, se expone claramente, pero tícidamente también - subyace en el § anterior y en otros muchos. Los juristas, por un lado, con sus interpretaciones, y el poder público con sus decisiones, ES, CC. Trebeliano y Pegasiano entre otras, y la actuación del pretor fideicomisario, procuraron cumplir con esta misión, como estamos teniendo ocasión de comprobar.

Para nosotros el texto es substancialmente clásico.

En el 15 (Admonendi autem sumus. si is, qui solvendo non sit. - Titio herede instituto servus liberum esse iussit et rogaverit Titium hereditatem eidem restituere. vix esse. ut Titius rogatus adire hereditatem cogatur. nam licet desiderante servo Titius adierit hereditatem. non tamen potest libertas servo constare quasi in fraude creditorum data. licet Titio locuples sit: quas de causa nec hereditas ei restitui potest. sed et sententia legis dicendum est ne rinde habendum. ac si is servus solus liber et heres scriptus esset nec Titius heres esset) nos advierte Gayo de que si el que no puede pagar (debemos suponer que se refiere a un testador insolvente) al instituir heredero a Ticio hubiera dispuesto la libertad de un esclavo y hubiera rogado a Ticio que restituyera a ese esclavo la herencia, es difícil que se obligue a Ticio a restituir esta herencia si rehúsa hacerlo, pues aunque Ticio hubiera adido la herencia a petición del esclavo, no puede éste conseguir la libertad que se le dió en fraude de acreedores por más que Ticio sea hombre rico: por lo que tampoco se le puede restituir la herencia. Debe decirse, concluye el texto, que conforme a la intención de la ley, es como si el esclavo hubiera sido nombrado directamente libre y único heredero, y Ticio no fuese heredero.

Vemos aquí la concurrencia de una manmissio testamento directo - data con un fideicomiso de herencia en favor del esclavo manmitido, con la circunstancia de que el causante es insolvente en el tiempo - en que dispone la manmisión y el fideicomiso de herencia. Gayo sostenía que era difícil que se pudiera obligar al heredero a restituir la herencia si se negaba a hacerlo, pues aunque la adiera a petición del esclavo no podría éste conseguir la libertad que se le dió en - fraude de acreedores, por más que Ticio locumles sit. Se deduce por tanto que para Gayo la manmisión es nula.

Voci (240) vió en el fondo de este texto la presencia de un SC. - de los tiempos de Adriano que se refería a estos problemas. La situación que regulaba era muy semejante a la expuesta por Gayo: el testador instituye heredero, dispone la libertad directa o fideicomisaria de uno o de varios esclavos y les hace beneficiarios de un fideicomiso universal. A su muerte, el patrimonio se encuentra en estado de insolvencia, y por ello, por un lado, el heredero no acepta, y - por otro, las manmisiones son nulas por efecto de la lex Aelia Sentia. Para evitar estas consecuencias dice Voci que el SC. admitió - que el esclavo mencionado en primer lugar entre los que debían ser - manmitidos podía pedir que el heredero fuera constreñido a adir y - restituir la herencia. Esta noticia nos llega por medio de Escóvola (D. 28.5.64,1, 18 quargt.) También según Voci, se señalaba en nuestro texto, la dificultad existente para permitir que el esclavo - constriña al heredero, ya que la manmisión que le atañe es nula. - Pero comprobó también que Gayo terminó admitiendo que la solución - en favor del esclavo estaba de acuerdo con el espíritu de la ley - Aelia Sentia, que permitía a quien estaba en estado de insolvencia tener como único heredero necesario a un esclavo suyo. En cuanto a la no mención del SC. de tiempos de Adriano, conjeturó que esto podía deberse a que el texto Gayano había sido abreviado por los compiladores justinianos.

---

(240) Diritto ereditario, cit. page. 421-422.

Para Biondi (241), esta última decisión de Gayo resulta impecable y perfectamente de acuerdo con la lex Aelia Sentia. Impallomeni se - mostró también de acuerdo con la solución ofrecida por Gayo (242).

No fue del mismo criterio Bessler (243) ya que, en su opinión, el texto había sido retocado.

Nosotros nos mostramos de acuerdo con Voci en el sentido de que - si alguna manipulación ha sufrido el texto es debida a que el discor - so que mantenía Gayo fue abreviado perdiéndose así parte de su redac - ción original.

Los pasajes de los que se ha hecho mención son los restos que se han conservado de la parte relativa a las herencias fideicomisarias en la monografía de Gayo. Aprendamos en ella un lenguaje menos técni - co y más directo que en los otros juristas, pero no por ello los te - mas abordados son menos importantes o muy diferentes a los tratados por sus colegas en sus obras monográficas.

Tiene importancia, por la claridad con la que aparece expuesta, - la afirmación de que en las herencias fideicomisarias en las situa - ciones en las que el fideicomisario está hereditas legat, la transmisión de las cosas hereditarias se efectúa por simple pacto.

También le preocuparon los temas relativos a la transmisión de - acciones del fiduciario al fideicomisario y las acciones que uno pug - de ejercitar contra el otro y viceversa.

La correcta deducción de la cuarta también fue objeto de la aten - ción de Gayo, y mención especial merece el interés que en él suscita - ron los problemas acarreados por la institución de heredero bajo con

(241) Successiones testamentaria ... cit., pag. 198.

(242) Le manomissioni..., cit., page. 135 nota (56), 136 nota (57) y 195 nota (142).

(243) Romanistische studien, en SZ 50 (1930) pag. 19.

dición, en cuya solución podemos comprobar claramente la tendencia - favorecedora del cumplimiento de los fideicomisos que se pone también de manifiesto en las amplias atribuciones concedidas al pretor para salvar los obstáculos que se opusieran a la adición y restitución de la herencia al fideicomisario por parte de quien había recibido el - encargo del causante.

R). Paula.

Los seis fragmentos que se han conservado del libro II de fideicommissaria de Paulo, son presentados por Lenel divididos en dos apartados, de SC. Pegasiano, y de restitutione hereditaria.

a) Bajo la rúbrica de SC. Pegasiano aparecen los siguientes textos:

D. 35.2.29: Si a me tibi fideicommissum vel legatum est tuque id post tempus rogatus sis mihi restituere. non ruto hoc imputandum esse in Falcidia. quia incipio postea quasi fideicommissarius id recipere.

Como vemos se trata de un problema de imputación o no a la cuarta Falcidia en el supuesto de que alguien haya sido gravado con un legado o fideicomiso y posteriormente se haya encomendado la restitución a su favor. inclinándose Paulo por la no imputación.

Creemos que el texto es substancialmente clásico, aunque la ampliación vel legatum pueda deberse a manos compilatorias.

A continuación aparece D. 36.1.8, con el que los compiladores daban respuesta a una pregunta formulada en un texto de Meciano, 4 - fideic., en el fragmento anterior D. 36.1.7 (quid enim si mortis adplicitus Alexandrius iussus fuit adire vel nona viscallionis testamenti ferre?) Lenel antepuso al texto otra pregunta relacionada con la que se formulaba Meciano, pero en términos más generales, al estilo de las rúbricas del Edicto: (Si quis alio loco cernere hereditatem iussus sit et suspectum dicat. an corundum est?), y el texto de

Paulo dice: De actata causa et iure, id est liceat ei eo ire nos -  
ne, sustinebitur.

Ante la pregunta de que si acaso deberá ser obligado a adir alguien a quien se le manda que lo haga en otro lugar y declara la herencia sospechosa, Paulo contesta, entre otras consideraciones que no nos han llegado, que también deben tenerse en cuenta las circunstancias de la edad y del derecho, es decir, si le es lícito o no hacer el viaje.

La regla general era que la restitución debía llevarse a cabo en el lugar indicado por el disponente. Aquí se le ordena restituere hereditatem, y Paulo parece tener en cuenta ciertas circunstancias del fiduciario para determinar si se le puede obligar o no a hacer el viaje. Pero en nuestra opinión, dado que el texto ha llegado a nosotros muy fragmentado, todo lo que se puede deducir de él es hipotético. Teniendo en cuenta estas consideraciones, puede afirmarse su exactitud, aunque, como decimos, está gravemente mutilado. Parece apegarse en él esa tendencia a defender en lo posible los intereses del fiduciario.

D. 36.1.16 nos muestra uno de los casos de máxima fragmentación en los textos que estamos estudiando. Lo atribuido al libro II de Paulo se reduce a vel omnia sua. Los compiladores justinianeos lo situaron entre dos textos de Ulpiano, 4 fideic., D. 36.1.15, 8, y D. 36.1.17, pr. El iter argumental seguido por los comisionados justinianeos es el siguiente: Sed et si quis bona rogatus sit, vel familiarum, vel pecuniam rogatur, vel universam rem meam (D. 36.1.15, 8) - vel omnia sua (D. 36.1.16) coram potest ... (D. 36.1.17, pr.)

Lonel, intentando también su reconstrucción, propuso (Si quis...) vel omnia sua (restituere rogatus sit, coram potest).

En este caso de extrema fragmentación preferimos no extraer conclusiones. Suponemos que cuando los compiladores seleccionaron esta pequeña frase y la situaron en este lugar tendrían en cuenta lo que decía Paulo y estimarían que concordaba con lo que Ulpiano venía desa-

rollando referido a los diferentes términos utilizados para encomendar un fideicomiso de herencia.

En D. 50.16.91 ("Meorum et tuorum appellatione actiones quoque contineri dicendum est"), se dice que las palabras "mio" y "tuyo" comprenden también las acciones (que se tengan). Aunque está también muy fragmentado, aquí se puede apreciar mejor la intención de Paulo. Los compiladores lo situaron en el título 16, de verborum significatione, D. 50, y eliminaron cualquier otra referencia contextual, pero creemos que no es difícil suponer lo que quería expresar Paulo, - relacionado, por supuesto, con los fideicomisos. Aclararía que si el causante, al encomendar un fideicomiso, utilizaba expresiones como - "mio" y "tuyo", estas palabras comprendían también las acciones.

No hay ningún indicio para sospechar la manipulación o alteración de lo que nos ha llegado.

A continuación, y como final del apartado de SC. Pegasiano, Lenel situó el principium de D. 36.1.68, que dice: Qui ita institutus esset "si coheres eius adisset". uti potest lege Falcidia. et si coheres - eius coactus adisset. modo si ipse non coactus adierit hereditatem.

Se establece en el texto la posibilidad de retener la cuarta en la parte de la herencia a restituir por un heredero fiduciario instituido bajo condición "si su coheredero llegara a adir la herencia", aun cuando el coheredero hubiera adido coaccionado por el pretor. - Es necesario, en cambio, para que pueda efectuar esta detracción que él mismo no haya adido bajo presión pretoria. El que adia coactus - no tenía derecho según el SC. Pegasiano a la retención de la cuarta. Por esta coacción que en este caso sufre el coheredero, entra en la herencia su coheredero instituido bajo la condición de que el primero aceptara. Si este segundo coheredero adie voluntariamente, no se extiende a él la prohibición de retener la cuarta.

Aquí creemos que también se tienen en cuenta los intereses de este heredero fiduciario instituido bajo condición, ya que se pretende no privarle del lucro que por superalaboración voluntaria en la reali

zación de la voluntad del causante pueda corresponderle, independientemente de la conducta de su coheredero, de cuya aceptación dependía su entrada en la herencia.

Creemos que el texto es genuino.

b) En el apartado intitulado de restitutione hereditate, aparece en primer lugar, D. 36.1.42, que Lenel complementó con el § 2º de D. 36.1.41, Paulo 20 ad edict.: (Nihil interest, cui nostro nomine restituitur, pater familias sit an is qui in aliena potestate est.) mulier an masculus; et ideo servo quoque voluntate nostra vel si ratum habuerimus restitui potest.

No importa, decía Paulo en el texto perteneciente a los comentarios al edicto, que aquél a quien se restituyó en nuestro nombre sea padre de familias, o sujeto a potestad ajena, y en la monografía sobre fideicomisos se añade, o que sea mujer u hombre, y por eso también se puede hacer la restitución al esclavo, siendo con nuestro consentimiento o ratificación.

Lo mismo que debían tenerse en cuenta, como hemos visto, en la restitución, las instrucciones establecidas por el causante (lugar - por él indicado, en el tiempo señalado, etc.) también debían tenerse presentes las instrucciones del fideicomisario beneficiado. Voci seg tuvo que si el fideicomisario señalaba un delegado a quien restituir, el heredero, obedeciendo, cumplía. <sup>(244)</sup> En nuestro texto se confirma este extremo, pues se acepta que se puede hacer la restitución de la herencia a un esclavo del fideicomisario con el consentimiento y ratificación de éste. Y podemos relacionar lo dicho por Paulo con lo expuesto por Meciano en D. 36.1.67,4, dando validez a la restitución hecha por el heredero siguiendo las instrucciones del fideicomisario, a la persona a quien éste último había vendido las cosas hereditarias, o a quien debía entregárselas por fideicomiso o por cualquier otra causa.

<sup>(244)</sup> Dritto ereditario, cit. II, 2, pag. 361, nota (83).

Paulo se hizo eco en su monografía de esta opinión de Meciano. - Creemos por ello, a pesar de lo fragmentado y cercenado que nos ha - llegado, que el texto que estamos considerando puede considerarse - clásico.

El fragmento que cierra el libro II en la Palingenesia Iemeliana es el formado por los §§ 1 a 4º de D. 36.1.68. En el § 1º (Exim - absentis procuratori. si desideraret. nonne restitui hereditatem ex hoc senatus consulto Iulianus scripsit. si tamen caveat de rato habenda. si non evidens absentis voluntas esset. sed dicendum est. ut heredes. qui suspectos dicat. non sit compellendus adire. si incertum - sit. an mandaverit. curvis si caveatur. propter fragilitatem cautio - nis. quod si aperte adierit hereditatem. non magna cautio est. sed - actiones. si non mandavit. transibunt eo tempore quo ratum habuerit) se trata de la restitución de una herencia no al fideicomisario sino al procurador de éste cuando el interesado se encuentra ausente. Según opinión de Juliano (245) también el procurador del ausente si lo pedía se le podía restituir la herencia, siempre que el procurador - diera caución de que el fideicomisario ausente ratificaría su gestión, a no ser que resultara evidente la voluntad de aquél. Ahora bien, - el heredero que declara sospechosa la herencia no debe ser obligado a adirla cuando es dudoso si lo mandó el fideicomisario ausente, - aunque se preste caución, pues la caución es insegura. Pero si el - heredero hubiera adido la herencia voluntariamente, no es grande el riesgo, y las acciones se transferirán si no hubo mandato en el momento en que lo haya ratificado el fideicomisario ausente.

En la línea apuntada en el anterior texto aquí Juliano admite la posibilidad de que el Procurador de un fideicomisario ausente pida al pretor que coaccione al heredero fiduciario -que declara la herencia sospechosa- para que la adiera y se la restituya. Si el procurador actúa por mandato expreso del fideicomisario ausente, no hay proble-

(245) Situó Iemel esta opinión de Juliano en el libro XL digestorum. de Fideicommissis II. Ad SC Trebellianum et Pegasianum. Vid. - Pal., I, col. 427, fr. 572.



na alguno; éste surgiría cuando esta voluntad no ha sido manifestada con claridad. Creemos deducir que Juliano era de la opinión de que el procurador podía pedir al heredero que declaraba sospechosa la herencia, que la aceptara y se la restituyera, prestando caución de - que el ausente ratificaría su gestión (si tamen caveat de rato habendo). Esta opinión de Juliano la encontramos confirmada por Ulpiano - en D. 36.1.11,2, con algunas matizaciones que expondremos al analizar este pasaje. Pero parece por lo que se dice en el texto que Paulo no estaba de acuerdo con Juliano y que mantenía que no debía obligarse al heredero fiduciario a adir y restituir a instancia del procurador cuando fuere dudosa la voluntad en este sentido del fideicomisario ausente aunque el procurador prestara caución porque la garantía era insegura (propter fragilitatem cautionis) (246). En el supuesto de que el fiduciario hubiera adido voluntariamente se dice que no sería tan grande el riesgo y que las acciones hereditarias se transferían al fideicomisario si éste no hubiera mandado al procurador que recibiese la herencia, en el momento en el que lo ratificara.

Produce cierta extrañeza tal opinión expuesta por Paulo, opuesta a la de Juliano, más aún cuando su contemporáneo Ulpiano que también aludía al mismo problema se manifestaba en el mismo tenor que Juliano sin hacer mención alguna a la pretendida postura de Paulo. Estimamos que de haber sido una corriente de pensamiento contraria a la manifestada por Juliano, Ulpiano, que precisamente no se caracterizó - por la originalidad de sus pensamientos, la hubiera recogido en su obra lo mismo que hace Paulo con la de Juliano antes de adentrarse - en la distinción de la que resulta su oposición a uno de los maestros más respetados de la escuela sabiniana.

Estas consideraciones nos hicieron dudar sobre la genuinidad del texto y encontramos que ésta ya había sido cuestionada desde antiguo. Faber (247) atribuyó a los compiladores justinianos todo el último

(246) Cfr. Voci, Diritto ereditario, op. cit. II, 2, p. 357.

(247) Coniectarum. 18, 11, cit. en el Index.

periodo, desde sed dicendum hasta quo ratum habuerit. Eisele <sup>(248)</sup> asimismo estimó como interpolado desde sed dicendum hasta propter fragilitatem cautionis, salvando el periodo final que hace referencia a la adición voluntaria y al traspaso de las acciones. Más las sospechas sobre el texto no se limitaron a esta parte -indudablemente la más llamativa-, sino que se extendieron a otras partes. Así Eisele <sup>(249)</sup> también sospechó de la frase si non evidens absentis voluntas esset, y en este mismo sentido se manifestaron, entre otros, Donatuti <sup>(250)</sup> para quien el si non es un indicio claro de interpolación y el evidens no concuerda con el sustantivo y la razón del evidens voluntas es netamente bizantina, y Albertario <sup>(251)</sup> que trató de demostrar la manipulación de los textos en los que aparecía evidens, evidenter, y sus derivados. Eisele <sup>(252)</sup> cuestionó asimismo si desideraret y Donatuti <sup>(253)</sup> la presencia del tamen. Para finalizar debemos señalar que Lenel <sup>(254)</sup> consideró más adecuado que en el genuino texto de Paulo apareciera his senatus consultis en vez de hoc senatusconsulto.

Creemos que deben admitirse la mayoría de estas críticas, dadas las razones que las cimentan y las expuestas por nosotros. En nuestra opinión, Paulo reproducía lo dicho por Juliano depurado también de esas alteraciones que han sido ya apuntadas fundamentando la posibilidad de que el procurador del ausente pudiera instar la aceptación y restitución de la herencia, mediante la correspondiente caución.

<sup>(248)</sup> Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen, cit. en SZ 13 (1892) p. 131

<sup>(249)</sup> Beiträge zur..., en SZ 11 (1890) p. 28.

<sup>(250)</sup> Studi sul procurator en A.G. 89 (1923) p. 214, en donde, y en notas 2, 3 y 4, nos ofrece un elenco de romanistas que confirman estas alteraciones.

<sup>(251)</sup> Sulla dotis datio ante nuptias, en Studi, I, nota (6), p. 322, en p. 325.

<sup>(252)</sup> loc. cit. nota <sup>(249)</sup>

<sup>(253)</sup> loc. cit.

<sup>(254)</sup> Pal., I, nota (1) col. 1100.

D. 36.1.68,2, dice: Si damnum in servo hereditario datum sit, licet per servum hereditarium heredi competere actio censeat, non tamen transit legis Aquiliae actio ad fideicommissarij: haec enim actiones transeunt, quae ex bonis defuncti pendunt.

Causado un daño en un esclavo hereditario, aunque el heredero adquiriera la acción a través de ese esclavo, sin embargo no pasa la acción de la ley Aquilia al fideicomisario, pues las acciones que se transmiten son las procedentes del patrimonio del difunto. La acción de la ley Aquilia en este caso no tiene tal procedencia, ya que el daño le ha sido producido al esclavo durante el tiempo que va desde que el heredero fiduciario adió la herencia hasta que la restituyó. Ya vimos en otro lugar que los aumentos que se producían en la herencia después de la adición y antes de la restitución iban a favor del heredero. Voci sostuvo esta posición apoyándose, entre otros, en nuestro texto (255). Pero cabría preguntar ¿puede considerarse la acción de la ley Aquilia como un incremento que recibe la herencia? Si así fuera, ¿estaría obligado el heredero fiduciario a colaborar con el fideicomisario para el resarcimiento de los daños causados al esclavo, o, por el contrario, lo que consiga el heredero con el ejercicio de la acción revertirá en su beneficio? Es factible admitir como incremento de la herencia, la posibilidad de ejercitar la acción de la ley Aquilia, así como también, en línea con Paulo aceptar que dicha acción no se transmita al fideicomisario porque no procede del patrimonio del causante. Pero creemos que el fiduciario deberá prestar su colaboración cuando ejercite la acción para que el daño causado al esclavo no recaiga sólo sobre el fideicomisario. Y esto por respeto a la voluntad del decius que quiso que el fideicomisario recibiera, entre otras cosas, ese esclavo en las condiciones en que le contemplaba. Ni más ni menos. Si el fideicomisario recibe el esclavo una vez sufrido el daño no se cumpliría la voluntad del causante, y de ahí que el resarcimiento que se obtuviera mediante el ejercicio de la acción, en nuestra opinión, tuviera que ser compartido entre fiduciario y fideicomisario.

(255) Vid. Diritto ereditario..., cit. II, 2, nota (98) p. 363.

Pensamos que el texto es genuino aunque posiblemente esté corruendo.

El § 3 dice: Si legatus Romae compulsus adierit hereditatem et restituerit, coeatur Romae actiones pati fideicommissarius, quam vis - heres non coeatur.

Si el legado (embajador) que está en Roma, hubiera adido obligado y hubiese restituido la herencia, se obligará al fideicomisario a que conteste a las acciones en Roma aunque no se obligue a hacerlo así - al heredero.

Por lo que se deduce, un legatus, que accidentalmente se encuentra en Roma, al que se ha instituido heredero con el encargo de restituir la herencia a un fideicomisario, declara a ésta sospechosa, y es obligado a instancia del fideicomisario a adir y restituir. El fideicomisario deberá responder en Roma frente a terceros de todas las posibles reclamaciones que pudieren suscitarse contra la herencia restituida, lo que no afecta al heredero, suponemos que en virtud de su condición de legatus. Consecuentemente, podría afirmarse la existencia en este texto, de esa tendencia orientada a proteger, en la medida en que sea factible, los intereses del fiduciario que restituye la herencia aunque ello lo haga coactivamente.

Por su condición de legatus se le exonera de la obligación de responder en Roma de las posibles demandas que pudieren suscitarse.

Pensamos que el texto es genuino. Así también lo considera Bartossek (256). Por su parte, Beseler (257) puso en cuestión la classicidad de actiones pati, no insistiendo, no obstante, en su interpolación.

El párrafo 4 y último de D. 36.1.68, que a su vez pone fin a la reconstrucción del libro II de la monografía de Paulo, dice: An ubi -

(256) Il SC. Trebelliano, cit. p. 335.

(257) Miszellen, en SZ 52 (1932) p. 293.

defunctus conveniri debuit, et fideicommissarius debeat? videndum, - si sua sponte heres adit et restituit hereditatem: an tribus locis - fideicommissarius defendi debeat: ubi defunctus et ubi heres et ubi ipse domicilium habeat. Oportet itaque ibi fideicommissarium conveniri, ubi vel domicilium habet vel maior restituta hereditatis habetur.

Según Paulo preocupado por el lugar en donde debía ser demandado el fideicomisario por las cuestiones derivadas de la herencia que le había sido restituida y se preguntaba si acaso debía ser demandado - en el lugar donde debía serlo el testador (258). Habría que distinguir: si el heredero adió y restituyó la herencia voluntariamente, - acaso el fideicomisario se debería defender en estos tres lugares: - el del domicilio del causante, el del heredero o donde él mismo tiene su domicilio; según el texto es más conveniente que el fideicomisario sea demandado en el lugar de su domicilio o donde se halle la mayor parte de la herencia fideicomisaria restituida.

No deja de causar cierto asombro este texto. En un principio Paulo proponía tres lugares como los más idóneos para que el fideicomisario fuera demandado cuando el heredero adió y restituyó voluntariamente, a saber, en el domicilio del difunto, en el del heredero o en su propio domicilio. Pero sorprendentemente, finaliza el texto señalando la conveniencia de que el fideicomisario sea demandado en su propio domicilio o donde se halle la mayor parte de la herencia fideicomisaria restituida. Ya Lenel indicó (259) que muchas palabras había desaparecido entre el último de los tres lugares propuestos y la decisión final. Y así debemos admitirlo. Toda la argumentación en virtud de la cual Paulo dió el paso que le llevó a la conclusión última no nos ha llegado. Ignoramos si se refería también a los supuestos en que el heredero adiera coactus (260), o por qué razones introdujo el lugar donde radicaba la mayor parte de la herencia restituida.

(258) Encontramos un error en la traducción castellana del Digesto - de los profs. D'Ors, Hernández-Tejero, etc. ya que el defunctus del texto es traducido por heredero. Evidentemente debería traducirse por difunto, causante o testador.

Hay que admitir, pues, que el texto nos ha llegado gravemente mutilado, hasta el punto de que analizado racionalmente carece de un claro significado.

De Paulo, como hemos visto, nos han llegado sobre esta materia, - textos muy fragmentados que en la mayoría de los casos hacen difícil apreciar lo que en realidad era objeto de su estudio (Vid. D. 36.1.8; D. 36. 1.16; D. 50. 16.91). Pero a pesar de ello creemos también - que los temas que le preocuparon no difieren mucho de los tratados - por los otros juristas autores de monografías sobre fideicomisos. En esta parte de su trabajo pone de manifiesto su interés, por la correcta determinación de las deducciones ex lege Falcidia o ex SC. Pegasiano (D. 35.2.29 y D. 36.1.68, pr.) y por los problemas suscitados con la restitución de la herencia al fideicomisario con el consiguiente traspaso de acciones (D. 36.1.68, 1 y 2). También debió estudiar con profundidad el lugar en el que debió ser demandado el fideicomisario en las cuestiones relativas a la herencia que se le había restituido; pero desgraciadamente el texto en que se recoge ha sido gravemente mutilado, y esta noticia nos ha llegado parcialmente y limitada al supuesto de que el heredero fiduciario hubiera adido y restituido voluntariamente (D. 36.1.68,3).

También tuvo en cuenta, en una ocasión, la condición personal del fiduciario (legatus) a la hora de decidir el lugar en donde deben ser demandados heredero y fideicomisario (D. 36.1.68,3).

Es posible que otras muchas cuestiones relativas al fideicomiso - de herencia fueran objeto de atención. Las mutilaciones que pueden sospecharse en los restos conservados llevan a pensar que la tarea - de los compiladores bizantinos fue eminentemente reductora y que - dentro de esta tendencia hubieron de decidir la exclusión total de - un buen número de pasajes.

(259) Pal. I, Nota (2) col. 1100

(260) Debemos pensar que si, si ponemos en relación D. 36.1.68,3 en el que el heredero adid y restituye coactus y el fideicomisario debe ser demandado en el lugar en donde se le restituyó la herencia.

F) Ulpiano.

Dentro de la monografía de Ulpiano los textos sobre las herencias fideicomisarias aparecen agrupados en los libros III y IV, habiendo sido intitulados por Lenel AD SC Trebellianum y Ad SC Pegasianum: ut heres adire cogatur. Dentro del lib. III hay otra división que se presenta bajo el título Ad SC Pegasianum: de quarta deducenda.

Puede destacarse, como ya hemos puesto de manifiesto, que ha sido Ulpiano el jurista de quien más textos han llegado hasta nosotros, - tal vez por el carácter que tiene su obra en la que han sido tenidas en cuenta las opiniones de sus antecesores. Quizás, ello fue determinante para que, y por los compiladores justinianos, fuera tomada su obra como base de la meritoria obra realizada.

Lenel, situó en primer lugar en el lib. III un extenso fragmento D. 36.1.1. que está dividido en 21 párrafos. Los primeros dieciséis aparecen bajo la rúbrica Ad SC Trebellianum, los restantes bajo la de Ad SC Pegasianum: de quarta deducenda. Veámosles sucesivamente.

a) Textos referentes al SC. Trebellianum.

El principium de D. 36.1.1. dice: Explicito tractatu. qui ad fideicommissa singularum rerum pertinet. transeamus nunc ad interpretationem senatus consulti Trebelliani.

En este fragmento que encabeza el Lib. III nos dice Ulpiano que - una vez concluido el tratado relativo a los fideicomisos de las cosas singulares, pasa a explicar el senadoconsulto trebeliano. Efectivamente, Lenel, nos presentó parte del Lib. II bajo la rúbrica De singulis rebus per fideicommissum relictis; una vez concluido ese estudio tiene pleno significado que el fragmento que encabeza el Lib. III sea éste en el que Ulpiano manifiesta que acabado el estudio de esa materia comienza el del Senadoconsulto Trebeliano.

Creemos que la idea de Ulpiano está claramente manifestada. No obstante no faltan sospechas relativas a la pureza del texto. Se

questiona como interpolado la utilización del término tractatus (explicito tractatus) (261). Por la geminidad se pronunció Bartoszek - (262). En nuestra opinión y dados los temas tratados a continuación no descartamos que Ulpiano, con independencia de que hubiera o no - utilizado el término tractatus, es posible que hubiera mencionado - al SC Pegasiano, y que tal referencia desapareciera después de pasar el texto por manos compilatorias, dadas las razones ya expuestas (263).

Después de este preámbulo Ulpiano entra de lleno en el estudio - de SC Trebelliano, comenzando con la datación del mismo en el § 1: Factum est enim senatus consultum temporibus Neronis octavo calendae Septembris Annaco Seneca et Trebellio Maximo consulibus, cuius verba haec sunt. (264).

Ya nos hemos referido en otro lugar al problema de la fecha de - este SC (año 56 p.C.) y a él nos remitimos (265). Por lo demás nada puede objetarse a la geminidad del texto.

En el § 2, exponía Ulpiano el contenido del SC con estas palabras: Quia esset acquissimum in omnibus fideicommissaria hereditati-

(261) Vid. en este sentido Pernice, Parerga en SZ 13 (1892), nota 1 p. 255 y Seckel, Handlexicon, cit. V: Tractatus

(262) El SC Trebelliano, cit. p. 326

(263) En el Index se indica al comienzo de este libro que Wissenbach propuso añadir a la rúbrica et Pegasianum. No ha podido llegar a nuestros manos el trabajo en que Wissenbach sostuvo lo - antedicho, pero estimamos lógico que la supresión de las referencias al SC. Pegasiano se hicieran en los textos de los Juristas que no en las rúbricas, que dependían de los compiladores. Si lo que Wissenbach afirma por el contrario es que el libro hace referencias al SC. Pegasiano, estamos de acuerdo con él.

(264) En las ediciones modernas creemos que a partir de la de Mommsen de 1870, el § 1 termina aquí. En la edición de Colonia de 1756 y en la bilingüe de Rodríguez Fonseca, entre otras, el 1 finaliza ... Trebellio Maximo consulibus, y el 2 comienza cuius verba haec..., pensamos que tiene más sentido esta - división que la actual, pero no es problema que afecte a nuestros estudios, en modo alguno, de la monografía ulpiana, que, como sabemos, no estaba dividida en párrafos.

(265) Vid. nota (108) págs. 67 y 68.



bus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos subire, in -  
quos ius fructusque transferretur, potius quam cuique periculosum -  
esse fidem suam placet, ut actiones, quae in heredem hereditibusque -  
dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commi-  
ssum sic, uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, qui-  
bus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in -  
reliquum confirmetur supremae defunctorum voluntates.

También hemos tratado del contenido de este SC en otro lugar (266) pero aquí nos encontramos con los que parece la transcripción literal de la disposición que dió lugar a las construcciones teóricas y cosivas.

Parece deducirse con nitidez que el SC hacía depender de la restitución de la herencia el traspaso de las acciones del fiduciario al fideicomisario. Si se restituía la herencia a título de fideicomiso, se daban en pro y en contra del fideicomisario las acciones que solían darse en pro y en contra del heredero (267). Tal traspaso de acciones debemos entender que es via uti-lis (268).

No queremos ser reiterativos al incidir sobre lo ya dicho en otro lugar, y por ello vamos a proseguir con los problemas que ha suscitado la genuinidad del texto, cuestionada por algún sector de la doctrina, que insiste en el carácter de "útiles", sobre todo, de las acciones transmitidas, y sostiene que los compiladores al no tener para ellos sentido la distinción clásica ius civile-ius honorarium suprimieron las referencias a la misma. Ya Lenel (269) propuso que en lugar de actiones quae dari solent, Ulpiano se referiría a las actiones quae iure civili competunt en la misma línea en que se manifestaba

(266) Vid. págs. 67 y ss.

(267) Cfr. en este sentido Gayo II, 253 e I. 2.23.4. Voci en Diritto ereditario II, 2, p. 360, nota (77) sostuvo que el SC Trebelliano condicionaba a la restitución el traspaso de las acciones; en similar sentido Torrent, Fideicommissum Familiae relictum p. 12.

(268) Apoyan al que las acciones se transmiten utiles, entre otros, Gayo II, 253: praetor enim utiles actiones...dare coepit I. 2.23.4: Post quod SC praetor utiles actiones...dare coepit.

Gayo II, 253. En este sentido también se expresaron Frese (270) y otros, y Bartosek en su trabajo monográfico sobre el SC Trebeliano - (271) reconstruyó esta parte de una forma que aceptamos: placet [ut] actiones <iure civili> in heredem heredibusque [dari solent, - eas] competunt. Por lo demás, estimamos que puede ser considerado - el texto genuino.

El parágrafo 3 dice: Sublata est hoc senatus consulto dubitatio - eorum, qui adire hereditatem recusare seu metu litium seu praetextu metus consueverunt.

Se señala la finalidad pretendida por este SC., es decir, que los fideicomisos de herencia se cumplieran. Para ello había que tranquilizar a los fiduciarios sobre los posibles problemas que podía acarrearles la herencia restituida, y esa tranquilidad se la proporcionó el SC. Por ello, decimos que el fin último que pretendía el SC era el cumplimiento de los fideicomisos de herencia, el cumplimiento de la voluntad del causante.

Beseler (272) consideró que tanto este parágrafo 3º como el 4º, - que dice Quamquam autem senatus subventum voluit heredibus, subvenit tamen et fideicommissario: nam in eo, quod heredes, si conveniantur exceptione uti possunt hereditas subventum est: in eo vero, quod, - si agant heredes repelluntur per exceptionem quodque agendi facultas fideicommissaria competit, procul dubio consultum est fideicommissariis, eran producto de un largo y ampuloso trabajo de parafrásis. - Evidentemente, en este caso, el estilo de Ulpiano es ampuloso y quizás haya sufrido algún retoque en este sentido, pero, en nuestra opinión, tanto el contenido del § 3 como la excepción que se contempla

(269) Pal., II, nota (1) col. 910

(270) Viva vox iuris civilis, SZ 43 (1922)

(271) loc. cit. pag. 326-327.

(272) Beiträge..., 2, p. 81 y en Textkritische Studien, en SZ 53 - (1933) p. 6.

en el § 4 nos parecen clásicos, por lo que no vemos la necesidad de la intervención compilatoria a no ser para desmenuzar y aclarar estos extremos. Tampoco debemos olvidar que Ulpiano es un clásico tardío, - poco original, de manera que no debe extrañarnos su estilo en ocasiones poco depurado.

Mantenemos por consiguiente la clasicidad sustancial de lo expuesto en estos dos párrafos (273).

En el § siguiente (D. 36.1.1,5, : Hoc autem senatus consultum locum habet, sive ex testamento quis heres esset sive ab intestato rogatusque sit restituere hereditatem), afirma Ulpiano que el SC Trebeliano tiene lugar tanto si hay un heredero testamentario como ab intestato a quien se ruega la restitución de la herencia. Se deduce - (274) lógicamente de aquí, que el gravado con un fideicomiso universal podía ser tanto el heredero testamentario como el ab intestato, - ya que el SC declara que es de aplicación tanto a un tipo como a otro de herederos. Admitida ya en época clásica la posibilidad de disponer fideicomisos jurídicamente válidos fuera del testamento, la genuinidad del texto, en nuestra opinión, no ofrece dudas.

En los §§ 6º y 7 se siguen examinando los supuestos en que es de aplicación el SC Trebeliano: In filii quoque familias milites iudicio, qui de castrensi peculio vel quasi castrensi testari potest, senatus consultum locum habet (§ 6). Bonorum quoque possessores vel alii successores ex Trebelliano restituere potuerunt hereditatem - (§ 7).

También tiene lugar el SC para el testamento de un hijo de familia el cual puede testar sobre el peculio castrense y quasicastrense, y también pueden restituir la herencia por el SC Trebeliano los que han recibido la posesión de los bienes hereditarios y los otros sucesores.

(273) Kaser, en Das Römische Privatrecht, cit I, notas (8 y 13), - p. 762, se refiere a estos dos textos sin mostrar sospecha alguna sobre su genuinidad.

(274) Así Voci, Diritto ereditario..., cit. II, 2, nota (40) p.353.

Aquí, sin embargo, a primera vista aparece una clara interpolación que ha sido señalada desde antiguo, y es la introducción del peculio cuasicastrense al lado del peculio castrense (275). El peculio cuasicastrense, como es sabido, tuvo su aparición en el Bajo Imperio y por ello es imposible que Ulpiano se refiriera a él. En cambio tiene pleno sentido el que manos justinianas lo añadan una vez que éste se había configurado y desarrollado.

Biondi (276), acertadamente, a nuestro juicio, sostuvo que en el § 7 la referencia a alii successores junto al honorum possessor se debía también a una interpolación puesto que en la época clásica el concepto de successio era inaplicable a la honorum possessio, de ahí la incongruencia de decir honorum possessores vel alii successores.

En D. 36.1.1.8, citó Ulpiano una opinión de Meciano y ya fue analizado cuando estudiamos los fragmentos de este jurista relativos a las herencias fideicomisarias. Nos remitimos a lo que allí dijimos (277)

De D. 36.1.1.9 (Sed et quotiens quis rogatus duobus restituere - hereditatem, alteri pure vel in diem, alteri sub condicione suspectam diciti ei, qui erat rogatus pure vel in diem restituere, interim universam hereditatem restitui senatus consulto, cum autem exstiterit condicio, si velit alius fideicommissarius partem suam suscipere, - transire ad eum in eo iure actiones), se deduce que cuando un causante encomienda al heredero que restituya parte de la herencia a un fideicomisario puramente o a partir de cierto día, y la otra parte a -

(275) Albertario, en Contributti alla storia della ricerca delle interpolazioni, cit., en Studi VI, págs. 29-35, nos indicó que ya el discípulo de Faber, Schiforderger, en su obra de difícil localización (Albertario la consultó en la biblioteca del Reichsgericht de Leipzig) Silesii ad Antonium Fabrum Iuris consultum Sebusianum, descubrió un buen número de interpolaciones utilizando, entre otros, el criterio lógico. Y una de las descubiertas en base a este criterio es la que en nuestro texto aparece relativa al peculio cuasicastrense. Vid. p. 30-31. También Albertario, en L'actio quasi in iustitia, Studi II, pag. 217, señaló la interpolación. A partir de Schiforderger fueron varios los romanistas que han señalado esta alteración (Bonfante, Franca la Rosa, etc.)

(276) Hereditas e honorum possessio, en Scritti III, nota (1) pag. 537.

un fideicomisario sub condicione, si el fiduciario declara sospecho-  
sa la herencia, el fideicomisario a quien se ha de restituir puramen-  
te o a partir de cierto día podrá instar para que el pretor obligue  
al fiduciario a restituirle a él íntegramente la herencia, y cuando  
se cumpla la condición que se ha impuesto al otro fideicomisario, -  
si éste acepta su parte, se le transferirán las acciones inso iure.

Este texto de Ulpiano es similar a uno de Africano 6 quæst. —  
(D. 36.1.29): Ex asse heres institutus partem hereditatis mihi pure,  
tibi sub conditione restituere rogatus. quum suspectas diceret, pos-  
tulante me adiit, et mihi totam ex senatu consulto restituiti quan-  
doque condicio extiterit, an fructus partis tuæ restituere tibi de-  
beam, non inmerito dubitabatur. Et plerisque placet, non esse eos -  
praestandos, quia nec ab herede praestarentur, si sua sponte adisset;  
sufficiat autem, ius tuum integrum conservari, non etiam meliores -  
conditionem tuam fieri.

La coincidencia inicial del supuesto es total. Posteriormente Afri-  
cano trató un problema derivado con una solución que nos parece lógi-  
ca. Pero apreciamos que aquí Ulpiano examina un supuesto en el que -  
son aplicados los dos SS.CC. (Trebelliano y Pegasiano) ya que el fidei-  
comisario no podía instar la restitución si no es en base a lo deter-  
minado por este último SC. En base a ello nosotros cuestionamos la -  
rúbrica bajo la que aparece el texto en la Palingenesia Leneliana, -  
ad SC. Trebellianum-, considerando que hubiera estado más de acuer-  
do con lo tratado en los textos hacerla extensiva a los dos SS.CC. -  
ad SS.CC. Trebellianum y Pegasianum.

En cuanto a la genuinidad, las opiniones existentes son contrapue-  
tas. Beseler (278) consideró interpolado el interim y suprimió el -  
periodo final cum — inso iure actiones. Coherente con su sospecha,  
suprimió también en el texto de Africano todo el periodo que va desde

(277) Vid. pags. 509-510

(278) Textkritische studien, cit., en SZ 53 (1933) pag. 38.

quandoque hasta el final. Bartoszek (279), por el contrario, defendió la genuinidad del texto, alegando que el interim se refiere al tiempo anterior al cumplimiento de la condición, lo que, en nuestra opinión, se deduce claramente de la lectura del texto. También afirmó la classicidad del período en el que aparece el ipso iure, aunque no con el significado iure civili, sino en aquél "merced al derecho mismo", sin necesidad de una cesión posterior. En sentido parecido se manifestó Grosso (280).

Nosotros nos inclinamos también por la genuinidad del texto. En el supuesto en él estudiado se consigue que se cumpla la voluntad del causante, obviando las dificultades que a ello se oponen, tendencia que a nuestro juicio presidió claramente las decisiones de los juristas clásicos.

D. 36.1.1.10, dice: Si filio vel servo herede instituto rogatoque restituere hereditatem dominus vel pater restituat. ex Trebelliano transferuntur actiones: quod est etiam si suo nomine rogati sunt restituere.

Si se instituye heredero a un hijo de familia o a un esclavo y se les ruega que restituyan la herencia, y así lo hacen el padre o el dueño, quedan transferidas las acciones por el SC Trebelliano, lo mismo que si se les ruega la restitución a ellos personalmente. Por lo tanto las acciones hereditarias se transmiten aunque la restitución la efectúe el pater o el dominus.

Solazzi (281) cuestionó la presencia en el texto de la referencia al esclavo y al dominus. Propuso la reconstrucción del mismo de esta forma: Si filio herede instituto... hereditatem pater restituat... si suo nomine <rogatus est> restituere. Tenemos que reconocer que no existe concordancia entre filio vel servo y herede instituto, en

(279) Il SC. Trebelliano, cit. pag. 327.

(280) I rogati ..., cit. pags. 140-141, nota (2).

(281) Minor età, pag. 74, nota (1)

singular, ni entre dominus vel pater y restituat, también en singular. En el periodo final, si aceptamos la tesis de Solazzi, los comisionados salvaron su error poniendo ya en plural rogati sunt.

Pero la idea de Ulpiano, independientemente de la ampliación al servus y a su dominus, está expresada claramente, y pensamos que no debe dudarse de su claridad, como tampoco hay que sospechar del siguiente, (§ 11 Idem est et si ipsi filio pater rogatus sit restituere hereditatem).

En el § 12 (Idem est et si tutor vel curator adulescentis vel furiosi rogatus sit restituere hereditatem, sine dubio Trebelliano locus erit) es al tutor o al curador de un menor o de un loco a quien se encomienda la restitución de la herencia. Tendrá lugar en tal caso el SC Trebelliano.

Beseler (282) sostuvo que todo el texto era espurio, afirmación que nos parece ciertamente exagerada. Pueda admitirse que al lado del tutor situaran los compiladores al curator furiosi en su afán de ampliar el arco de aplicación del SC. El sistema que utilizó Ulpiano, tal como venimos apreciando, fue ir examinando caso por caso los supuestos en que era de aplicación el SC., y por ello nada tiene de extraño que se detuviera aquí en el tutor. En base a esto rechazamos la radical sospecha de Beseler.

En el § 13 se estudia el supuesto de que se encomienda a un pupilo que restituya a su tutor la herencia que recibe: Fuit quæsitum, si ipsi tutori rogatus sit restituere pupillus, an ipso auctore restitutionem facere possit? et est decretum a divo Severo non posse tutori se auctore restituere hereditatem, quia in rem suam auctor esse non potest.

---

(282) Textkritische studien, cit., en SZ 53 (1933) pag. 15.

La cuestión debatida era si el pupilo podía hacer la restitución interviniendo la auctoritas de su mismo tutor. Ulpiano menciona una disposición de Septimio Severo según la cual el pupilo no puede restituir la herencia a su tutor interviniendo la auctoritas de éste, ya que el tutor no puede autorizar un acto e-n su propio interés. De este decreto de Septimio Severo nos dió noticia el mismo Ulpiano en su libro 16 ad edict. D. 36.1.38,1: ... ne si quidem auctore pupillum restituere potuisset hereditatem divus Severus in persona Arrii Honorati pupilli decrevit, qui Arrio Antonino, patruo et tutori suo, restituerat. (283).

La claridad del texto, en nuestra opinión, no ofrece dudas. Ulpiano se hizo eco de una cuestión que era debatida y mencionó la solución que a la misma dió Septimio Severo atendiendo a las reglas que informaban la tutela. El tutor no podía interponer su auctoritas para actos que redundaran en su propio beneficio, y se consideró que el que su pupilo le restituyera una herencia era uno de estos actos. ¿Qué pasaría con ese fideicomiso? Esa cuestión no nos la aclaró Ulpiano. ¿Habría que esperar a que la tutela finalizara para que se llevase a cabo la restitución? Es una de las soluciones posibles ya que el mismo Ulpiano afirma en D. 36.1.38,1 que pupillus autem ipse debet restituere tutore auctore...

En D. 36.1.1,14 (Curatori tamen adolescentis ab adolescente poterit restitui hereditas, quoniam necessaria non est auctoritas ad restitutionem) por el contrario, se afirma que el adolescente sí puede restituir una herencia a su curador, puesto que no es necesaria la auctoritas de éste para efectuar la restitución.

Se refiere el texto a la debatida institución de la cura minorum de la que las noticias que nos han llegado son muy controvertidas. Pero por los datos de que disponemos hasta el momento, la figura del

(283) En este texto del libro 16 ad edict. Ulpiano estudiaba diversos supuestos relacionados con la restitución de la herencia fideicomisaria.



curator minorum no puede ser equiparada completamente a la del tutor. Como características del primero podemos señalar que su presencia no era obligatoria ya que solo era designado por el magistrado si el menor lo solicitaba; además, su designación tenía la finalidad de asesorar al menor de veinticinco años en un negocio determinado, y carecía de facultades de administración en el patrimonio del menor, limitándose su misión a la de consejero. Solo había curatores dativos, - ésto es, designados por el magistrado, no existiendo los testamentarios ni los legítimos como sucedía en la tutela. Pero también es cierto que esta configuración es producto de una evolución, y que, - como estima Arias Ramos, es difícil determinar las épocas en que fueron implantándose las transformaciones. Advierte además Arias Ramos que la moderna labor de crítica de las interpolaciones señala como postclásicas muchas de las reformas que en el Digesto aparecen ya implantadas en los textos de los juristas clásicos <sup>(284)</sup>, y este dato debe ser tenido en cuenta en el análisis de nuestro texto.

Beseler <sup>(285)</sup> que estudió detalladamente las menciones al curator minorum en la compilación justiniana, cambió por completo el sentido de este § . Poniéndolo en relación con el que le precede, supuso que D. 36.1. 1,14, se refería al tutor mulieris, y le reconstruyó - así, suprimiendo la referencia al curator: <tutori tamen mulieris a muliere pubere> poteri restitui hereditas, quoniam necessaria non est <tutoris> auctoritas ad restitutionem.

No podemos aceptar esta reconstrucción que creemos que depende - más de la imaginación de Beseler que de razones sólidas. Creemos que el tema es muy debatido y que nada ayuda a solventarlo el lanzar teorías tan radicales. ¿Por qué no podía Ulpiano referirse al curator minoris? En qué términos lo hacía no lo conocemos, pero ¿no pudo suponer ésta no necesidad de la auctoritas del curator en este supuesto una fase de la evolución de la figura? Que como ocurre en otras ocasiones el texto originario pudiese ser más extenso, no significa que haya que aceptar una manipulación de lo conservado.

( 284 ) Vid. Arias Ramos, Derecho Romano, cit. pags. 756 y ss.

( 285 ) Beiträge..., 4, pag. 90.

El § 15, dice: Si autem collegium vel corpus sit, quod rogatum - est restituere decreto eorum cui, qui sunt in collegio vel corpore, in singulis inspecta eorum persona restitutionem valere: nec enim - ipse sibi videtur quia horum restituere.

Se detiene aquí Ulpiano a examinar el supuesto de que el ruego de restituir la herencia se haga a una asociación o corporación, en favor de uno de sus miembros, y llega a una solución que consideramos muy sutil: vale la restitución decretada por todos ellos en consideración a la persona individual de cada uno, pues no se estima que ninguno de los que la componen se haga la restitución a sí mismo. En una constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano del año 290 (C. 6.24.8), los emperadores decían: Collegium si nullo speciali privilegium subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non - est. Los colegios no pueden adquirir una herencia si no están apoyados en algún privilegio especial.

¿Tenemos que pensar que existió un privilegio especial en los supuestos de fideicomiso de herencia, o en estos casos, por el régimen especial que ya de por sí suponía el fideicomiso, se permitió a los colegios aceptar y restituir la herencia? Esta última posibilidad es la que apunta Kaser (286), y nosotros suscribimos.

En base a estas consideraciones podemos considerar al texto como substancialmente clásico. Albertario, entre otros romanistas, consideró de factura postclásica o compilatoria el vel corpus y el vel - corpore al lado de collegium y collegio, indicando que el término corpus fue uno de los adoptados para introducir, como expresión más usual y técnica, el nuevo concepto de persona jurídica. Se puede aceptar esta corrección que en nada altera la claridad substancial del contenido en lo referido a los collegia (287).

( 286 ) Das Römische Privatrecht, cit., nota (49) pag. 685

( 287 ) Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica. en Studi I, nota (1) pag. 102.

b) Textos sobre la cuarta Pegasiana.

El § 16 aparece ya en La Palingenesia leneliana y como se ha dicho bajo la rúbrica Ad SC Pegasianum: de quarta deducenda. Dice así: Si heres praeccepto fundo rogatus sit hereditatem restituere, ex Trebelliano senatus consulto restituet hereditatem, nec multum facit, si fundus pignori datus est: neque enim acris alieni personalis actio - fundum sequitur, sed eum, cui hereditas ex Trebelliano senatus consulto restituta est, sed cavendum est heredi a fideicommissario, ut, si forte fundus fuerit evictus a creditore, habeat heres cautum, Iulianus autem cavendum non putat, sed aestimandum fundum, quanti valet sine hac cautione, hoc est quanti vendere potest sine cautione: et si potest tanti vendere non interposita cautione, quantum facit quarta pars bonorum, ex Trebelliano transituras actiones: si minoris, quanto eo quod deest similiter ex Trebelliano restitutionem fieri: - quae sententia multas quaestiones dirimit.

Se trata, como se ve, de un fideicomiso de herencia en el que el heredero está autorizado para detraer previamente un fundo sujeto a prenda, señalándose que en tal supuesto el fideicomisario deberá — ofrecer caución ante el riesgo de que el heredero sufriera las consecuencias del impago. Juliano (288) sin embargo, pensaba que no se debía dar caución, sino que debía valorarse el fundo en cuanto valiera sin esa caución, es decir, en cuanto pudiera venderse sin ella. Y — que si podía venderse sin que se diera caución por lo que importaba la cuarta parte de los bienes (hereditarios) se transferirían las acciones (al fideicomisario) por el SC. Trebelliano, y si en menos, debía hacerse también la restitución por el SC. Trebelliano, pero reteniendo lo que faltaba (al precio del fundo para igualar el valor de la cuarta parte). Opinión ésta, concluye el texto, que resuelve muchas dudas.

(288) Opinión que situó Lenel en el libro XI, Dig. de fideicommissis 2, Ad SC Trebellianum et Pegasianum. Vid. Al., I, col. 423, - fr. 564.

(289) Cfr. Voci, Diritto ereditario, cit., II, 2, pag. 350, nota (32)

Deducimos de este extenso fragmento, en primer lugar, que aunque el heredero esté autorizado a retener una cosa de la herencia, en este caso un fundo, seguimos estando en presencia de un fideicomiso de herencia (289). Luego el problema se centra en la necesidad o no de que el fideicomisario preste caución para que el heredero no sea molestado por el prelegado del fundo que ha recibido estando éste pignori datus, y en la correcta deducción de la cuarta en favor del heredero.

La genuinidad del texto ha sido muy discutida. Vasalli (290), sostuvo que D. 13.1.14, pr.; D. 35.2.45, 1 y D. 35.2.73, 1, que examinó detenidamente, demostraban que el criterio del valor venal en una relación dada, era generalmente un adminiculum del legislador bizantino, y equiparó esos textos con el nuestro al que consideró similar, y por ello, también probablemente interpolado. Aventuró una reconstrucción del texto en este sentido: Si heres praecepto fundo rogatus sit restituere, ex Trebelliano senatus consulto restituet hereditatem. <sed> si fundus pignori datus est cavendum est heredi a fideicommissario, ut, si forte fundus fuerit evictus a creditore, habeat heres cautum. Iulianus autem ex Trebelliano transitorias actiones - <non putat> <sed ex Pegasiano> restitutionem fieri.

Las sospechas expresadas por otros romanistas están contenidas en la reconstrucción efectuada por Vasalli. Así Lenel (291), indicó que Ulpiano habría escrito ex Pegasiano donde en el texto aparece similiter ex Trebelliano. Y Albertario (292) suprimió el periodo neque enim — restituta est basándose en que los clásicos decían siempre actio in personam y nunca personalis actio, por lo que le extrañaba que pudiera proceder de Ulpiano una expresión como personalis actio acria alieni para indicar la actio in personam competens debiti nomine. Beseler (293), señaló como interpolado el periodo final quae

(290) Dies vel conditio, cit. en BIR 27 (1915) nota (3) pág. 259-260

(291) Pal., II, nota (1) col. 911.

(292) Actiones e interdicta, en Studi IV, nota (1) pags. 148-150.

(293) Beiträge..., cit. 3, pags. 67-68, tratando de dirimere.

sententia — dirimit. En este sentido se ha señalado que este período diría quae sententia mihi vera esse videtur, haciendo partícipe a Ulpiano de la opinión de Juliano, lo mismo que sucede en el § siguiente.

Como hemos visto, estas sospechas tienden, en gran parte, a suprimir las referencias a la estimación del fundo y su imputación en la deducción de la cuarta. Si el fundo que retiene el fiduciario, pignori datus est, tendrá que prestar caución el fiduciario al fideicomisario, y en este caso opina Juliano que no se transmiten las acciones ex Trebelliano, sino que se hace la restitución ex Pegasiano. - Bartosch (294) admitió estas interpolaciones, pero las confirmó un carácter meramente formal, estimando además que la crítica no ha tenido en cuenta la innovación que llevaba consigo el pensamiento de Juliano.

En D. 36.1.1.17 (Si is, qui quadrigenta in bonis habeat, trecenta legaverit et deductis ducentis rogaverit heredem Seio restituere hereditatem, an trecentorum onus fideicommissarius subeat an vero hactenus ad eum ex hereditate pervenit? Iulianus ait competere quidem adversus eum trecentorum petitionem, non autem amplius quam in ducentis actionem adversus fideicommissarium daturum, in heredem autem centum, et mihi videtur vera esse Iuliani sententia, ne damnum fideicommissarius sentiat ultra, quam ad eum ex hereditate quid pervenit, neminem enim oportere plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate pervenit, quamvis Falcidia cogeret, ut rescripto divi Pii continetur), se parte de un error de cálculo por parte del causante, pues se presenta el caso de quien teniendo un patrimonio de cuatrocientos mil sestercios, hubiera legado trescientos mil, y deduciendo doscientos mil (en favor del heredero, debemos sobreentender) hubiera rogado que restituyera la herencia a un tal Seio, ¿Deberá en tal supuesto sufrir el fideicomisario la carga que se impuso a trescientos mil, o la sufrirá tan solo hasta donde alcance la herencia restituida? Juliano (295) opinaba que competía una acción por trescientos

(294) Il SC. Trebelliano, cit., pag. 327

(295) Lenel situó esta opinión de Juliano en el lugar indicado en nota ( ).

mil, pero que no se daba contra el fideicomisario por mas de doscientos, y por cien mil contra el heredero. Ulpiano se adhiere a la opinión de Juliano, para que el fideicomisario no pierda más de lo que le llegó de la herencia, pues nadie debe pagar en concepto de legado más de lo que llegó de la herencia, aunque no tenga lugar la Falcidia, como se dice en un rescripto de Antonino Pio.

De este último argumento de Ulpiano se deduce que los legados recaen sobre el activo hereditario. Como dijo Voci exponiendo los principios generales aplicables a todo tipo de legado, éste era posible en tanto en cuanto en el patrimonio dejado por el difunto había los medios suficientes para cumplirlo. Por lo tanto, el encargado de cumplir el legado, en este caso el fideicomisario universal, no está obligado a cumplir el mismo con sus propios medios, como se sostiene en el texto. ¿Cuál sería la solución a adoptar en estos casos? nos parece acertada la que propuso Juliano: dividir la carga entre el heredero y el fideicomisario en proporción a la parte que reciben(296).

En nuestra opinión el contenido del texto es substancialmente clásico. No admitimos, por ello, las rectificaciones propuestas por Beseler (297) que, entre otras cosas, abogaba por la supresión de los periodos an trecentorum — pervenit? y ne damnum — pervenit.

Por lo demás, en el § siguiente (D. 36.1.1,18, Denique nec ex militis testamento plus legatorum nomine praestatur, quam quantitas est hereditatis acre alieno deducto, nec tamen quartam retinere fideicommissario permittitur), decía Ulpiano siguiendo con el tema iniciado en el § anterior, que, tampoco en el testamento de un militar se paga más por legados de la cuantía de la herencia, deducidas las dadas, sin que se le permita al fideicomisario retener la cuarta. La única diferencia con el supuesto anterior es que aquí el causante es un militar. Y el testamento militar, que tantas diferencias tenía

(296) Cfr. Diritto creditario, II, 2, 229 y 367. Vid. también Grosso, I legati..., cit. pag. 155-156.

(297) Boiträgo, cit. 3, pag. 93 y 4, pag. 153.

con el del civil, en este aspecto no difería, y tampoco se pagaba más por legados que la cuantía de la herencia, deducidas las deudas.

El fideicomisario universal que recibe la herencia de un heredero fiduciario instituido en el testamento de un militar, no está pues - obligado a pagar en concepto de legado más de la cuantía de la herencia recibida, deducidas las deudas, y no puede retener la cuarta de los legados que paga, en consonancia con lo dispuesto por la ley Falcidia y con la derogación de la misma para los testamentos militares.

En el § 19 (Inde Neratius scribit, si heres rogatus restituere totam hereditatem non deducta Falcidia rogato et ipsi, ut illi restituant, non utique debere cum detrachere fideicommissario secundo quartam, nisi liberalitatem tentum ad priorem fideicommissarium heres - voluit pertinere) menciona Ulpiano una opinión de Neracio (298) relacionada con los problemas de la deducción o no de la cuarta por parte del fideicomisario. Y Neracio opinaba que si se rogó a un heredero que restituyera la herencia entera, sin deducir la (cuarta) Falcidia, a un fideicomisario al que se rogó a su vez que restituyera la herencia a otra persona, no debía (el primer fideicomisario) quitar al segundo fideicomisario la cuarta Falcidia, a no ser que el heredero hubiera querido que esta liberalidad fuera tan solo para el primer fideicomisario.

De este texto ya hemos hablado cuando estudiamos D. 36.1.65,11, - Gayo 2, fideic. (299), en el que se trataba de una excepción a lo aquí expuesto cuando el heredero declaraba sospechosa la herencia y era obligado a adir por el pretor, en cuyo caso se permitía al fideicomisario detracer la cuarta con los límites que hubiera podido tener el heredero de haber aceptado voluntariamente. Nos remitimos en esto a lo allí dicho. Pero no podemos dejar sin comentario el último período que introduce la excepción "si el heredero quiere que esta -

(298) Vid. Fal., I, col. 735, fr. 170, apartado dedicado a Neratius (Triscus) laudatur non indicato libro.

(299) Vid. pag. 600.

liberalidad sea sólo para el primer fideicomisario". Nos sorprende - el papel que se concede aquí a la voluntad del heredero. Entenderíamos mejor la remisión a la voluntad del causante que se procuraba - que siempre fuera cumplida.

El fiduciario no deducía la cuarta para seguir íntegramente el en cargo que se le había encomendado; el primer fideicomisario no la deduce porque no le estaba permitido, como vimos en el texto de Gayo. - ¿Cómo podía decidir el fiduciario que esta liberalidad afectara tan solo al primer fideicomisario? Por estas razones estamos con Bartoszek (300) cuando acepta la interpolación propuesta relativa al perigo final nisi — pertinere, basándose en la inexacta ilación existente y en la forma típicamente compilatoria que presenta. Coincidimos también con Bartoszek cuando manifiesta que el texto está en contradicción

con D. 35.2.47.1, Ulpiano 79 ad edict., también visto por nosotros, en el que se afirma que el legatario y el fideicomisario, aunque se les restituya la herencia por el SC. Trebelliano, nunca pueden hacer valer el beneficio de la ley Falcidia.

D. 36.1. 1.20, dice: Sed si quadringenta habens ducenta legaverit Titio et partem dimidiam hereditatis Sempronio restituere rogaverit ex Trebelliano restitutionem faciendam Iulianus ait et legatorum petitionem scindi sic, ut centum quidem petantur ab herede, centum vero alia legatarius a fideicommissario petat, quod idcirco dicit Iulianus, quoniam secundum hanc rationem integram quartam habet, id est centum integra.

La preocupación de los juristas se centró en una correcta deducción de la cuarta que debía retener el heredero ex SC Pegasiano, teniendo en cuenta la existencia de un legado de doscientos mil sesterces en favor de Ticio. El motivo por el que Juliano pensaba que el legatario debía repartir la acción de petición del legado reclamando cien mil sesterces al heredero y otros cien mil al fideicomisario,-

(300) Il SC. Trebelliano, cit. pag. 327.

(301) Cfr. Voci, Diritto ereditario, cit., II, 2, pag. 367.



era que cuadrasen las cuentas de la deducción de la cuarta, al retener el fiduciario cien mil sesteracios (la cuarta parte de los cuatrocientos mil que suponía el montante total de la herencia).

En ésta una de las hipótesis estudiadas por Voci a las que dió lugar un legado en favor de un extraño cuando no aparece específicamente impuesto por el causante ni al heredero ni al fideicomisario. Como hemos visto, la herencia sería restituida y pasarían las acciones ex Trebelliano, y la carga que suponía el legado se dividiría en proporción de su cuota entre el fiduciario y el fideicomisario <sup>(301)</sup>. Pero todo ésto se hacía para una mejor deducción de la cuarta que correspondía al heredero. Hasta este punto llegó la preocupación de los juristas por una correcta deducción de la cuarta.

Beseler <sup>(302)</sup>, consideraba la presencia de acindere en los textos clásicos como una señal de interpolación. Y como en el nuestro aparece, ... legatorum petitionem acindi..., suprimió el periodo que va desde legatorum petitionem hasta el final del texto, proponiendo su sustitución por ...Julianus ait et restitutione facta Titium centum ab herede, centum a Sempronio petiturum. El resultado práctico es el mismo, por lo que la sospecha no afecta a la claridad de la solución.

El final del texto nos parece algo barroco. Pero debemos tener en cuenta que Ulpiano iba componiendo su obra a base de continuas referencias a juristas anteriores, y, por ello, cierta complejidad en la exposición era casi inevitable.

En el § 21 (Idem Julianus scribit, si is, qui quadringenta in bona habet, trecenta legasset et deductis centum rogasset heredem, ut hereditatem Sempronio restituat, debere dici deductis centum restituta hereditate legatorum actionem in fideicommissarium dari) menciona de nuevo Ulpiano a Juliano en un problema de deducción de la cuarta. Si el que tenía cuatrocientos mil sesteracios en su patrimonio

(302) Romanistische Studien, en SZ 50 (1930) pag. 59.

había legado trescientos mil, y habiendo deducido cien mil (en favor del fiduciario) hubiera rogado a éste que restituyera la herencia a Sempronio, debía decirse que una vez restituida la herencia con deducción de los cien mil, competía la acción de los legados contra el fideicomisario.

El supuesto es parecido al anterior, con ciertas matizaciones. En el § 20 el fiduciario restituía la mitad de la herencia (200.000 Hs) sin deducir nada, y retenía la otra mitad que se había legado en favor de Ticio. Por ello la acción de petición del legado se dividía.- Aquí, el heredero restituye al fideicomisario la herencia deduciendo 100.000 Hs. a su favor (400.000 - 100.000 = 300.000 Hs.) El legatario se dirigirá contra el fideicomisario con la acción de petición del legado.

Tal como el texto se expresa, parece que el legado es impuesto - por el causante al fideicomisario, que además, como ya hemos visto, no podrá retener la cuarta frente al legatario.

El texto está, en nuestra opinión, en plena armonía con el que le precede, y, por lo tanto, sostenemos también su claridad.

A continuación situó Lenel D. 36.1.3, en el que Ulpiano siguió tratando temas relativos al cálculo de la cuarta. Para su mejor comprensión, Lenel complementó el principium de éste fragmento y nos le presentó así: [Qui quadringenta reliquit. Titio trecenta legavit, heredis fideicommissit, ut tibi hereditatem restitueret, isque suspectam iussu praetoris adiit et restituit, quae rebus, quid legatario dare deberes.] ... Marcellus autem apud Iulianum in hac specie ita scribit: si ad heredis omnis esse testator legata dixerit et heres sponte adiit hereditatem, ita deberet computationem Falcidia iniri, ac si quadringenta per fideicommissum essent relicta, trecenta vero legata, ut in septem partes trecenta dividantur et ferat quatuor partes fideicommissarius, tres partes legatarius, quod si suspecta dicta sit hereditas et non sponte heres adiit et restituit, centum quidem de quadringentis, quae habiturus esset heres, resident apud fideicommissarium, in reliquis autem trecentis eadem distributio

fiet. ut ex his quattuor partes habest fideicommissarius. reliquas - tres legatarius; nam iniquissimum est plus ferre legatarium ideo. quia suspecta dicta est hereditas. quam laturus esset. si sponte edita - fuisset.

Quien dejó cuatrocientos mil sesteracios, se dice en el preámbulo que Lenel adicionó teniendo en cuenta el contenido del texto <sup>(303)</sup>, - legó trescientos mil a Ticio, y encomendó a la fe de su heredero que te restituyera la herencia; éste, declarándola sospechosa, añadió y restituyó por mandato del protor: se preguntaba qué deberías dar tú al legatario.

A continuación Ulpiano exponía la postura de Marcelo, tal como éste se expresaba al comentar a Juliano <sup>(304)</sup>.

Seguimos apreciando el interés que demostraron los juristas clásicos por una correcta deducción de la cuarta. En este texto están implicados tres de ellos, Juliano, Marcelo y Ulpiano.

Un causante (cuyo patrimonio asciende a 400.000 Hs.) declara que los legados (que ascienden a 300.000 Hs) corren a cargo del heredero, a quien, a su vez, encomienda la restitución de la herencia. Si el heredero ade voluntariamente retiene en concepto de cuarta 100.000 - Hs. (cuarta parte de los 400.000 que era el total de la herencia), y los restantes 300.000 se dividirán en siete partes, de las cuales el fideicomisario se lleva cuatro (171.428 Hs.) y el legatario tres - (128.571 Hs.)

(303) Advirtió Lenel en la explicatio aenorum et notarum de su Palinodia que litteris cursivae uncis quadratis inclusae distinguunt in digestorum locis. ea quae supplendae sententiae gratia interdum erant praemittenda aut inserenda.

(304) Situó Lenel esta opinión de Juliano en el ya citado libro IL - Dig. Pero no tuvo en cuenta, en cambio, la cita de Marcelo, y no situó esta cita en ningún lugar de la reconstrucción de su obra. Vid. Pal., I, cols. 423-424, para Juliano, y cols. 637 a 640, Marcellus laudatur non indicato libro, en donde no aparece mencionado D. 36.1.3, pr.

Si el heredero declara sospechosa la herencia y ade y restituye - por mandato del pretor a instancias del fideicomisario, este último retiene en concepto de cuarta (a la que, como hemos visto en otros - textos, en este caso sí tiene derecho) los mismos 100.000 Hs. que po- día retener el heredero, y en los restantes 300.000 se hace la misma división que se efectuaba en el supuesto anterior, quedando para el fideicomisario cuatro partes y para el legatario las tres restantes (el fideicomisario obtendría de la herencia, en resumen 271.428 Hs., y el legatario la misma cantidad que si el fiduciario hubiera adido voluntariamente, es decir, 128.571 Hs)

La razón que se da en el texto para que este reparto se haga así, es que sería injusto que el legatario, de hacerse el cómputo de otra forma, se lleve más porque la herencia se declaró sospechosa de lo - que se llevaría si hubiera sido voluntariamente aceptada por el her- dero fiduciario.

En nuestra opinión, debe considerarse substancialmente clásico lo expresado en el texto. Beseler (305) indicó que estaba alterado, pe- ro no señaló ninguna parte en concreto. Se limitó a situar al lado - de la cita del texto un lacónico "Verfälsch". Creemos que debe tener- se en cuenta, si aceptamos el relato de Ulpiano, que el texto recoge la cita de una cita (la que hacía Marcelo de Juliano) de lo que pue- de derivar la redacción ciertamente farragosa de alguna de sus partes.

En el § 1, Quod autem in suspecta hereditate dictum est, hoc idem dici potest in his testamentis, in quibus lex Falcidia locum non ha- bet, in militis dico et si quis sunt alii, se sostiene, en cuanto a la exclusión de la ley Falcidia, la equiparación entre la hereditas suspecta y ciertos testamentos especiales.

Este es el tenor del texto en el que encontramos, en primer lugar, - otra manifestación en el sentido de que las disposiciones de la ley

(305) Romanistische studien, en SZ 50 (1930) pag. 45.

Falcidia no son aplicables a los testamentos de los militares (306). Pero también dice el texto que "a algún otro testamento que pueda haber (exento de la Falcidia). ¿Cuáles son estos?

Biondi (307) sostuvo que el régimen establecido por la ley Falcidia tuvo un alcance general y que su función fue tal que no permitía derogaciones o excepciones que no resultaran de taxativas disposiciones legales. Basado en esto, le pareció muy indeterminada esta última afirmación del texto y la relacionó con la tendencia desfavorable para la cuarta que se manifestó con Justiniano, con lo que nos indica una sospecha de manipulación. Pero no se atrevió a confirmar esta sospecha, ya que señaló también que, sin embargo existía alguna rara excepción a la aplicación de la ley Falcidia, aparte del testamento de los militares que, como hemos visto, para él no suponía una excepción.

Bartosek (308) fue más contundente en su juicio y afirmó que todo el § 1 es una glosa que perturba la coherencia existente entre el principium y el § 2.

Nosotros preferimos la duda de Biondi a la seguridad de Bartosek.

En D. 36.1.3,2, Ulpiano menciona una opinión de Pomponio que ya fue objeto de nuestra atención cuando estudiamos los fragmentos procedentes del libro de la monografía de este último jurista. A lo dicho en aquél lugar nos remitimos.

(306) Aunque Biondi, Successione testamentaria..., cit. pag. 382, no consideró esta inaplicabilidad al testamento militar de la ley Falcidia una excepción, puesto que en este testamento el régimen de la cuarta no tenía razón de ser ya que la exigencia que intentaba atender la Falcidia estaba ausente en estos testamentos debido a que la eficacia de las disposiciones singulares era independiente de la heredis institutio y por lo tanto el sistema de la cuarta no tenía objeto.

(307) Successione testamentaria, cit., pags. 381-382 nota (7) y 391 y ss.

(308) Il SC. Trebelliano, cit., pag. 327.

En el § 3 (Res. quae ab herede alienatae sunt, in quartam imputantur heredi), se dice que las cosas enajenadas por el heredero se imputan a la cuarta (ex SC. Pegasiano) del heredero.

Debemos entender que Ulpiano se refiere al heredero que ade voluntariamente la herencia el cual, como titular de los bienes hereditarios, tiene facultad para enajenar las cosas hereditarias. (309).

Ulpiano, que seguía prestando su atención a los problemas relativos a una correcta deducción de la cuarta, afirma que las cosas hereditarias enajenadas por el heredero fiduciario se computan en la cuarta a la hora de deducir la misma. Es decir, al efectuar el cálculo de lo que le corresponde detracer al heredero en virtud del SC. Pegasiano, se tendrá en cuenta el valor de estas cosas hereditarias que ha vendido.

Pensamos que el texto es genuino.

D. 36.1.3,4, dice: Quidam liberis suis, ex disparibus partibus institutis, datis praecipitionibus, ut in se maximam partem patrimonii inter liberos ita divisisset, rogavit eum, qui sine liberis decederet, portiones suam fratribus restituere. imperator noster rescripsit praecipitionis quoque fideicomisso contineri, quia non portiones hereditariam testator commemoravit, sed simpliciter portiones in portiones autem et praecipitiones videri cecidiase.

Un testador, habiendo instituido herederos a sus hijos en partes desiguales y dejando unos prelegados con los que venia a dividir entre ellos la mayor parte del patrimonio, rogaba al que de ellos muriera sin descendencia que restituyera su parte a sus hermanos. Nuestro emperador, dice Ulpiano, dispuso que los prelegados entraran tambien en el fideicomiso, pues el testador no designó una porción hereditaria determinada, sino simplemente la porción (que le correspondía) y parece que en ella entraban también los prelegados.

(309) Cfr. Voci, Diritto ereditario, cit., II, 2, pag. 362.

Al coheredero que sine liberis decederet se le ruega que restitu-  
ya a sus hermanos la parte que ha recibido del causante. Como reci-  
bió también un prelegado, Ulpiano nos informa de que Caracalla dispu-  
so que éste entrara en el fideicomiso, con lo cual el coheredero que  
fallece sine liberis debe restituir a sus hermanos todo lo que reci-  
bió del causante, la portio que recibió en virtud del prelegado y  
la portio hereditaria <sup>(310)</sup>.

Beseler <sup>(311)</sup>, analizando commemorare en los textos clásico, supli-  
mó de éste todo el periodo final quia non portionem — cedidisse —  
sospechando también del periodo ut ipse — dividisset.

En el periodo final, como hemos visto, se realiza una interpreta-  
ción de la voluntad del causante que puede ser, ciertamente, una ad-  
lación postclásica. Pero creemos que el texto, en lo substancial, -  
es decir, en la determinación de lo que debe ser el objeto del fidei-  
comiso, es clásico.

En el § 5 (Si is, qui rogatus fuerit hereditatem restituere, ante  
quaestionem de familia habita vel tabulas aperuerit vel hereditatem  
adierit vel quid eorum quae senatus consulto prohibentur fecerit ac  
per hoc publicata fuerit hereditas, fiscus cum suis oneribus heredi-  
tatem adquirat, quare commodum quartae, quod erat habiturus heres -  
institutus, id ad fiscum pertinet et ex Treballiano actiones tran-  
seunt, sed et si prohibuerit testamentarium introducere vel testes -  
convenire vel mortem testatoris non defendit vel ex alia causa here-

<sup>(310)</sup> Entra esta distinción en la discusión de si el legado per prae-  
ceptionem se efectúa extra portionem hereditatis o no. Del tex-  
to parece deducirse que aunque con las praeceptiones se divi-  
diera entre los herederos gran parte del patrimonio, no entra-  
ban en la porción hereditaria, y por ello, para comprenderlas  
en el fideicomiso de la portio recibida se distinguía, como he-  
mos dicho, la portio procedente de la praeceptio y la portio -  
hereditaria. Vid. en este sentido, Grosso, I legati cit. pag.  
86 y ss., sobre todo nota (1) pags. 87-88.

<sup>(311)</sup> Boiträge..., 5, pag. 34.

ditas fisco vindicata est. seque quartae quidem commodum ad ficum - pertinebit. dochans vero fideicommissario restitueretur), se aborda - el derecho del fisco a retener la cuarta cuando confisca una herencia (porque el heredero ha incumplido las disposiciones del SC. Sileniano) (312) que debe ser restituida a un fideicomisario. Dice Ulpiano que si al (fiduciario) que se rogó que restituyera una herencia, abre el testamento, abre la herencia y hace algo de lo que prohíbe el SC. (sileniano) antes de someter a interrogatorio a los esclavos (del dueño asesinado, que era el causante), y por esa causa la herencia es confiscada, el fisco adquiere la herencia con sus cargas (entre las que se incluye el fideicomiso universal encomendado por el causante asesinado). Por lo que la ventaja de la cuarta parte que había de tener el heredero, pertenece al fisco, y pasan (a él) las acciones hereditarias en virtud del Trebelliano. Y si el heredero ha impedido la entrada a un redactor de testamentos o que se reúnan los testigos, no reclama por la muerte del testador, y por esto o por otras causas - se apoderó el fisco de aquella herencia, la ventaja de la cuarta parte pertenecerá igualmente al fisco, y las otras tres cuartas partes se restituirán al fideicomisario.

Vemos como el fisco, al confiscar una herencia por alguna de las causas que se señalan, adquiere ésta con sus cargas. Si el causante había encomendado un fideicomiso universal, deberá ser restituido - por el fisco al fideicomisario. Pero también tiene el fisco, como si de un fiduciario más se tratara, derecho a retener la cuarta ex SC.- Pegasiano.

El fisco puede resultar, por lo tanto, gravado con un fideicomiso universal (313), y puede también retener la cuarta correspondiente.

Lenel (314) añadió un neg antes de ex Trebelliano actiones transeunt con lo cual sostiene que las acciones no pasan ex SC. Trebelliano. -

(312) Vid. lo dicho respecto a este SC. en D. 29.5.23, Meciano 13 - fideic. en pag. 570.

(313) Cfr. Voci, Diritto ereditario, cit. II, 2, pag. 353, y Kaser Das Römische..., cit. E.A., pag. 761 nota (2)

(314) Pal. II, nota (1) col. 912.



Bartosek §15 ), por su parte, admitió la supresión del periodo sed et — pertinere al que consideró un suplemento posterior y superfluo, manteniendo que el texto, después de afirmar que la cuarta que debía retener el heredero la retenía el fisco, continuaría diciendo que las otras tres partes pasaban al fideicomisario. Estamos de acuerdo con esta apreciación, ya que, después de lo dicho, resulta superfluo ese periodo en el que se van aportando diversos motivos para la confiscación finalizando con una generalización, vel alia causa hereditas fisco vindicanda est, a nuestro modo de ver poco precisa.

6) Textos del libro VI: AD SC Pegasianum ut heres adire cogatur

El libro IV, intitulado por Lenel, como ya dijimos, AD SC Pegasianum ut heres adire cogatur, comienza en la reconstrucción leneliana con D. 36.1.4 (Quia poterat fieri, ut heres institutus nolit adire hereditatem veritus, ne damno adficeretur, prospectum est, ut, si fideicommissarius diceret suo periculo adire et restitui sibi velle, cogatur heres institutus a praetore adire et restituere hereditatem, quod si fuerit factum, transeunt actiones ex Trebelliano nec quartae comodo heres in restitutione utetur; nam cum alieno periculo adierit hereditatem, merito omni comodo exceditur, nec interest solvendo sit hereditas nec ne; sufficit enim recusari ab herede instituto, neque illud inquiritur, solvendo sit hereditas an non sit, opinio enim vel metus vel color, eius, qui noluit adire hereditatem inquiritur, non substantia hereditatis, nec inmerito; non enim praescribi heredi instituto debet, cur metuat hereditatem adire vel cur nolit, cum varias sint hominum voluntates: quorundam negotia timentium, quorundam vexationem quorundam offensas vel invidiam quorundam gratificari volentium his, quibus hereditas relicta est, sine onere tamen suo), en el que se refiere Ulpiano al SC. Pegasiano, las circunstancias que aconsejaron su aparición, su contenido, etc. Como podía ocurrir que el heredero instituido no quisiera adir la herencia al advertir que podía perjudicarse, se proveyó para que si el fideicomisario declara

ba que la adición (del heredero fiduciario) corría a su riesgo y quería que se le entregara la herencia, obligue el pretor al heredero - instituido para hacer la dición y la restitución de la herencia. Y - si así se hiciera, se transmiten las acciones en virtud del SC. Trebelliano, y el heredero no puede aprovecharse de la ventaja de la - cuarta, pues al haber adido a riesgo de otro, es justo que quede privado de toda ventaja. Y no importa que la herencia resulte o no insolvente, basta que no la quiera el instituido heredero. Y no se indaga si la herencia es o no solvente, pues se tiene en cuenta lo que dice el (heredero) que no quiere adirla, sea por temor, sea por pretexto, y no por la cuantía real de la herencia. Con razón, pues, no debe exigirse del heredero instituido que diga por qué teme o no - quiere adir la herencia, siendo como son tan variadas las motivaciones de la voluntad humana: unas veces por temer cargarse de negocios otras, por desprecio, otras, por el cúmulo de deudas aunque parezca - solvente la herencia, otras, por agravios y odios, otras, porque se quiere al activo y no al pasivo de la herencia.

Muchos de los datos que nos proporciona aquí Ulpiano ya son conocidos por nosotros. El pretor (fideicomisario) puede compeler, a instancias del fideicomisario, al heredero fiduciario que no quiere - adir la herencia, por las razones que sean, para que la adiera y la restituya al fideicomisario. Pero vemos que es necesaria la postulatio del fideicomisario para que el pretor dicte el decreto de compulsio.

Se afirma también que el fiduciario no puede aprovecharse la ventaja de la cuarta (no puede retenerla).

La idea que está presente en el texto es, pues, que si el fiduciario adiere la herencia bajo coacción, de su actuación no se desprenderá ningún daño para él, pero tampoco ninguna ventaja, por lo que se le excluye del beneficio de la cuarta.

En cuanto a las acciones hereditarias, en el texto se mantiene - que se transmiten ex SC. Trebelliano.

La genuinidad del texto ha sido muy discutida. En nuestra opinión se extiende en demasiadas explicaciones y nos da la impresión de que en algunas partes ha podido ser manipulado, aunque no llegamos al extremo de afirmar, como hizo Beseler (316), que todo él sea una paráfrasis.

Lenel (317) se manifestó sobre dos partes del texto que le ofrecieron dudas. En primer lugar, y en cuanto a la afirmación que se hace a que las actiones transeunt ex Trebelliano, dice: "nil. ut opinor. mutandum"; en su opinión, no debía cambiarse esa referencia al Trebelliano que estimó procedía del texto original Ulpiano (318). Consideró, más adelante, como producto de la glosa el período neque illud — an non sit. Aceptamos esta sospecha de Lenel en una parte en donde comienza lo que nosotros hemos denominado "excesivas explicaciones".

Gradenwitz (319) y Schlossmann §20 ) sospecharon también de la pureza del texto. Para el primero, éste tiene en Ulpiano el sentido de una introducción al estudio del SC. Pegasiano, y por ello estimó que estaba frecuentemente interpolado. Sospechó de la genuinidad de vel cur pollet, y afirmó que a partir de quorundam las conclusiones parecían muy alteradas, ya que se utiliza la ilógica aposición de un genitivo absoluto, de origen griego, en vez de utilizar el ablativo latino. Schlossmann se extrañó también de la presencia de los genitivos absolutos.

(316) Beiträge, 3, pag. 168. El mismo Beseler, en Miscellanea graecoromana, Studi Bonfante, 2, pag. 83, tratando de la presencia en los textos clásicos de las palabras color insaniae, señaló como interpolado en nuestro texto desde quinio hasta el final. No sabemos si los 15 años de diferencia entre Beiträge y Miscellanea... (1913-1928) moderaron sus sospechas.

(317) Pal., II, notas (1) y (2) col. 912

(318) En sentido parecido se manifestó Voci, Diritto ereditario cit. II, 2, nota (27) pag. 349, cuando tratando de las posibles confusiones a las que pudo dar lugar la reforma del régimen clásico llevada a cabo por Justiniano fusionando los dos SSCC. afirmó que podía mantenerse que nuestro texto dijera en origen quasi ex Trebelliano.

(319) Interpolationen, cit. pags. 78-79.

No dudamos que Ulpiano se refiriera al SC Pegasiano y que, incluso, al tono de su discurso fuera, en cierto modo, ampuloso, pero, en nuestra opinión, es evidente que el texto ha sido manipulado con intención de aclarar y ampliar al alcance de lo expuesto, no con el - designio de cambiar su substancia original.

A continuación sitúo Lenel un extenso fragmento formado por D. 36. 1.6, y D. 36.1.9., en los que Ulpiano desarrolla diversas cuestiones relacionadas con la aplicación del SC. Pegasiano.

En el principium de D. 36.1.6 (Recusare autem non tantum praesentes, sed etiam absentes vel per epistulam possunt: nam etiam adversus absentes postulatur decretum, sive certior sit eorum voluntas recusantium adire et restituere hereditatem sive incerta: adeo praesentia eorum non est necessaria), se afirma que no solo pueden rechazar la aceptación de la herencia los presentes, sino también los ausentes, o por carta, porque también contra los ausentes se pide el decreto (por el cual el pretor, a instancia del fideicomisario obligaba a adir al fiduciario), tanto si se conoce su voluntad de rechazar adir y restituir la herencia, como si no se conoce.

Voci (321) estimó, y estamos de acuerdo con su apreciación, que - el texto, en su redacción actual, se refiere a toda hipótesis de ausencia, pero que esto es debido a la reforma llevada a cabo por Justiniano. El heredero podía estar presente, sin embargo, no obedecer al pretor, o estar ausente sin que se sepa nada de él, o estar muerto sin dejar sucesores, y no conocemos cómo estas hipótesis eran reguladas, aunque de los dos últimos supuestos (ausente sin saber nada de él y muerto sin dejar sucesores) se sabe que hubo incertidumbre - sobre el régimen a aplicar, y que quizá no haya que excluir que el - régimen que prevaleció fue aquél que suponía realizada la aceptación y la restitución. Y esta incertidumbre está confirmada en una -

(320) Nexum, Leipzig, 1904 (reimpresión en Drei Kleine Schriften, - Scientia 1980, pag. 46-47.

(321) Diritto ereditario, cit. II, 2, pags. 358 nota (72) y 359.

constitución de Justiniano del año 530, C. 6.49.7,1, que, en la parte que nos interesa, dice: Cum autem aliquis hereditatem restituere iussus est et dolo malo vel post litem contestatam vel ante esse contumaciter celaverit, vel si suppositus fideicommissarias restitutioni, antequam restitueret hereditatem, ab hac luce subtractus est nullo - herede vel successore existente, vel si fideicommissarius, cui restituta est ex Trebelliano hereditas, alii per fideicommissum restituere iussus fuerit res hereditarias; quemadmodum actionum translatio - celebretur in tribus istis casibus, apud veteres dubitabatur et Domitius Ulpianus constituendum esse super his putavit. Sancimus itaque ut, siue per contumaciam a fuerit is, cui restitutio imposita est siue morte praeventus nullo relicto successore fuerit, siue a primo - fideicommissario in secundo translatio celebrari iussa est, ipso - iure utiles actiones transferantur.

Es evidente, pues, si damos crédito a Justiniano, que Ulpiano estaba entre los que dudaban, y que creía conveniente que una decisión imperial resolviera la cuestión debatida. Por ello es extraño que en este texto del Digesto demuestre esa seguridad en su conclusión.

Debemos admitir, por lo tanto, que el texto, en el que Ulpiano seguramente exponería sus dudas, fue alterado para adecuarle a la decisión que había adoptado Justiniano.

Para Bartoszek (322), el periodo final adeo — necessaria, es formal y supérfluo, pero, como hemos dicho, no es solamente esa parte la que ha sufrido manipulación.

D. 36.1.6,1, dice: Meminisse autem oportebit de herede instituto senatum loqui: ideoque tractatum est apud Iulianum, ad intestatos locum habeat, sed est verius eoque iure utimur, ut hoc senatus consultum ad intestatos quoque pertineat, siue legitimi siue honorarii sint successores.

---

(322) Il SC Trebelliano, cit. pag. 327.

Conviene recordar, se dice en el texto, que el senado habla del - que fue instituido heredero, y por eso trata Juliano (<sup>323</sup>) si tiene lugar (el SC. Pegasiano) cuando se sucede abintestato, y es más cierto, como se hace en la práctica, que aquí se extienda también a los herederos abintestato, ya sean sucesores legítimos u honorarios.

Se extiende, pues, la aplicación del SC. Pegasiano, siguiendo una opinión de Juliano, al heredero abintestato. Este, en consecuencia, también podrá ser compelido por el pretor, a instancia del fideicomisario, para que ada y restituya la herencia. Esta es la idea central del texto que creemos debe ser considerada clásica.

Bartosek (<sup>324</sup>) se hizo eco de las sospechas existentes sobre la - genuinidad del texto, pero éstas no afectan a la idea central que hemos expuesto ya que se refieren al periodo ad intestatos -- utimur ut, y pertinere en vez de pertineat después de quocumque, finalizando - así el texto.

Biondi (<sup>325</sup>) consideró también intrusas, son sus palabras, las proposiciones sive legitimi sive honorarii sint successores, porque con ellas se efectúan una equiparación que, en su opinión, no puede ser clásica.

En el § 2 (Sed et ad filium qui in potestate est hoc senatus consultum locum habet et in ceteris necessariis. ut a praetore compellantur miscere se hereditati. sic deinde restituere: quod si fecerint. transtulisse videbuntur actiones), se afirma que también tiene lugar este SC. respecto al hijo que estaba en potestad y demás herederos necesarios, de modo que el pretor les obliga a aceptar la herencia y a efectuar la restitución, hecho por el cual, parecen transmitidas las acciones.

(<sup>323</sup>) Lenel situó esta opinión de Juliano en su ya citado libro XI - Dig. Vid. Pal., I, col. 424, frag. 566

(<sup>324</sup>) II SC Trebelliano, cit., pag. 327.

(<sup>325</sup>) Hereditas e bonorum possessio, cit., en Scritti III, nota (1) - pag. 537.

El pretor puede compeler a la adición y restitución al hijo que - está bajo potestad (heres suus), pero también se afirma que lo mismo - sucede con los demás herederos necesarios. Y esta extensión levantó sospechas en Solazzi (326). También se ha sospechado del periodo final quod — actiones (327), que a nosotros también nos parece superfluo.

En D. 36. 1.6,3, (Si fisco vacantia bona deferantur nec velit - bona adnoscere et fideicommissario restituere, acquissimum erit, -- quasi vindicaverit, sic fisco restitutionem facere), se mantiene que si una herencia vacante es deferida al fisco y éste no quiere aceptarla y hacer la restitución a favor del fideicomisario, procede que el fisco haga tal restitución como si hubiera reclamado la herencia - en concepto de heredero.

Es sabido que, en ausencia de heredero, el patrimonio hereditario seguía la suerte de todos los bienes vacantes, cuyo destino varió según las épocas (en un primer momento su destinatario fue el aerarium populi romani por disposición de la lex Julia de maritandis ordinibus, y posteriormente, parece que por una disposición de Caracala, - el fiscus (328)).

En nuestro texto se habla de una herencia vacante que es deferida al fisco. Ya vimos en otro lugar que cuando el fisco adquiría una herencia de esta forma, pagaba las deudas hereditarias, cumplía los legados y fideicomisos encomendados, e incluso realizaba las manumisiones que el causante había dispuesto. Nada tiene pues de extraño que Ulpiano se preguntara lo que sucedería cuando en una herencia vacante que contiene un fideicomiso universal, el fisco rechazara la adición y posterior restitución al fideicomisario. Y de nuevo el fisco es tratado como cualquier otro heredero, siendo obligado a aceptar - y restituir al fideicomisario quasi vindicaverit bona (329).

(326) Sul possesso dell'heres suus, en BIR 39,2 (1931) nota (2)p. 14

(327) Sospecha recogida por Bartoszek, en loc. cit.

(328) Cfr. Voci Diritto ereditario, cit.II,2, notas (1)a (7) pag. 59

(329) Cfr. Voci Diritto ereditario, cit.II,2, nota (55) pag. 356.

En nuestra opinión el texto puede considerarse substancialmente - clásico.

En el § 4, Ulpiano se refiere a los municipes (Item si municipes hereditatem suspectam dicant heredes instituti, dicendum erit cogi - eos agnoscere hereditatem et restituere; idemque erit et in collegio dicendum). Para el caso en que fueran instituidos herederos los municipes de una ciudad y declararon sospechosa la herencia, la decisión es que deben ser obligados a aceptar la herencia y restituirla; y lo mismo debe decirse de una asociación.

En principio, parece que Ulpiano admite en el texto la posibilidad de que los municipes puedan ser instituidos herederos, y sin embargo, es sabido que una norma general que reconociera la capacidad de los municipios para ser instituidos herederos no se conoció en el derecho clásico <sup>(330)</sup>, aunque posteriormente se les reconoció plena capacidad para cualquier adquisición mortis causa. <sup>(331)</sup>.

¿Cómo interpretar este texto de Ulpiano?

Voci sostuvo que es posible que la capacidad para adquirir herencias a los municipios les fuera reconocida en derecho clásico por vía de privilegio, o que por privilegio se les permitiera, caso por caso, adquirir una determinada herencia.

(330) Cfr. entre otros, Biondi, Successione testamentaria, cit. pag. 124 y ss., y Voci, Diritto ereditario, cit., II, pag. 422. En Ulpiano, Reg. XXII, 5, se recoge esta incapacidad: Nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corum est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt ut heres fiant. En el mismo lugar se les reconoce capacidad para aceptar una herencia fideicomisaria: Sed fideicommissa hereditas municipibus restitui potest, denique hoc SC prospectum est.

(331) Vid. C. 6,24,12, constitución del emperador León del año 469: Hereditatis vel legati seu fideicommissi aut ... civitatis pervenire possunt.



¿Podría Ulpiano referirse a uno de estos supuestos? Creemos que - de ser así hubiera indicado esta circunstancia, indicación que habría sido suprimida por los comisionados justinianos para los cuales ya no era necesario el privilegio una vez admitida la capacidad general de los municipios.

Otra posibilidad, a nuestro modo de ver, menos viable, es que Ulpiano se refiriera a la herencia de un liberto del municipio, ya que desde que los municipios pudieron tener libertos, y estando presente la norma por la que el patrono tenía derecho, en ciertos casos y con ciertos límites, a la sucesión en los bienes del liberto, fué necesario admitir que el municipio sucediera por ley a su liberto. (332) Pero en este caso también hubiera precisado Ulpiano este extremo con claridad (Item si municipis hereditatem liberti suspectam dicat).

De una u otra manera debemos admitir, en conclusión, que el texto ha sido manipulado.

D. 36.1.65. dice: Titius heres institutus Sempronio substituto rogatus est ipsi Sempronio hereditatem restituere: institutus suspectam dicebat hereditatem: quaeritur, an cogendus est adire et restituere hereditatem, et deliberari potest: sed verius est cogendum, quia interesse Sempronii potest ex institutione quam ex substitutione hereditatem habere, vel legatis vel libertatibus onerata sub-stitutione: nam et si legitimo heres fuerit is, cui fideicommissaria hereditas relicta est, idem dicitur.

El problema abordado aquí por Ulpiano es el de un instituido heredero al que se le nombra un sustituto, y al heredero instituido se le encomienda que restituya la herencia al sustituto. Quid iuris si el heredero declara sospechosa la herencia? ¿Se le obligará a adir y

(332) Biondi, en Successione testamentaria..., cit. pag. 125. Dice aquí Biondi que no se sabe como fue superada la dificultad en orden a la aceptación, pero que ciertamente lo fue. Una disposición del senado consintió que el municipio fuera instituido heredero por el propio liberto. Ulp. Reg. XXII, 5: SC. tamen concessum est, ut a libertis sui heredes institui possint.

restituir? Dice Ulpiano en el texto que había la duda, pero que era más cierto que sí debía ser obligado, pues podía interesar al sustituto recibir la herencia por vía de institución y no de sustitución cuando ésta estaba gravada con legados y con manumisiones, pues lo mismo se dice cuando el fideicomisario de la herencia es el heredero legítimo.

La solución a la que se llega es, en base a esto, que el fideicomisario (a la vez sustituto) puede instar al pretor para que coaccione al heredero instituido a adir y restituir, aunque el tenga derecho a adquirir como sustituto lo que el heredero rechaza (333). Y esta solución debió de ser debatida, ya que Ulpiano manifiesta al comienzo del texto que la cuestión era dudosa. (334).

Creemos que el texto es substancialmente clásico.

En D. 36.1.6,6 (Si quis alio loco restituere hereditatem iussus sit et suspectam eum faciat. Iulianus scribit cogendum eum esse similemque in diem rogatus est restituere), menciona Ulpiano una opinión de Juliano (335) que pensaba que en el supuesto de que un heredero fiduciario al que se rogó restituir la herencia en otro lugar la declarara sospechosa, debía ser obligado (a adir y restituir) lo mismo que aquél a quien se ruega restituir en una fecha determinada.

Lenel presentó este unido a otro de Meciano, libro IV Q. de fideic. D. 36.1.7, y cuando lo estudiamos allí dijimos que suponía una confirmación a la regla de que la restitución debía realizarse según las modalidades establecidas por el disponente, sin que tenga valor para liberar de su obligación al fiduciario el que declare que la herencia es sospechosa.

(333) Cfr. Voci, Diritto ereditario cit., II, 2, pag. 357

(334) Pero a una solución similar llegó Juliano con respecto al hijo emancipado en D. 36.1.28,12: Qui rogatus est emancipato filio restituere hereditatem, cogi debet adire et restituere, quamvis filium contra tabulas bonorum possessionem accipere possit

(335) Lenel situó esta opinión de Juliano, junto con la que aparece en D. 36.1.9, pr., que veremos a continuación, en el libro XI. Dig. Vid. Pal., I, col. 424, frag. 567.

Beseler (336) cuestionó la genuinidad de la decisión contenida en el texto, siendo, en su opinión, disparatada. Juliano tendría que decir eo loco hereditatem restituere, ubi hereditas est. Vemos claramente la intención de Beseler en esta afirmación, pues, como tendremos ocasión de comprobar cuando analicemos los textos relativos a la jurisdicción fideicomisaria, el fiduciario, por vía de excepción, puede pedir que se le demande la restitución de la herencia en el lugar en donde se encuentre la mayor parte de la misma. Pero, en nuestra opinión, no son posiciones inconciliables.

D. 36.1.9, que Lenel sitúa inmediatamente después del § 6 de D. 36.1.6, parece ser la continuación natural de lo que en este último se dice. En el principium (Sed et si alio loco iussus est adire et rei publicae causa absit, eaque cogendum adire hereditatem et restituere Iulianus ait, ubi abest), sigue Ulpiano refiriéndose al fiduciario a quien se obliga a adir la herencia en otro lugar y está ausente por causa pública. Juliano sostenía que este fiduciario debía adir la herencia y restituirla allí donde se encontrara.

Bartosek (337) admitió la sustitución de adire por restituere - en base a que siendo el texto continuación de D. 36.1.6,6, aquí tenía sentido práctico la orden de restituir y no la de adir la herencia. Es cierto que en D. 36.1.6,6, se habla de restituir la herencia en otro lugar, y es lógico pensar que Ulpiano siguiera expresándose en los mismos términos. O bien en los dos hablaba de adir, o bien de restituir. Lenel (338), por su parte, propuso sustituir el primer adire por cernere.

Salvo estas rectificaciones, pensamos que el texto puede considerarse clásico.

(336) Textkritische studien, en SZ 53 (1933) pag. 36, y Beiträge, 5, pag. 59.

(337) II SC Trebelliano, cit. pag. 328.

(338) Pal., II, nota (1) col. 913.

En el § 1 (Plane si quis petierit ad deliberationem tempus et impetraverit, deinde post tempus deliberationis adierit et restituerit hereditatem, non videtur coactus hoc fecisse; non enim suspectam - coactus adit, sed sponte post deliberationem), Ulpiano trata un supuesto que ya tuvimos ocasión de examinar en un texto de Meciano I Q. de fideic., D. 36.1.73, referido al heredero fiduciario que solicita un spatium deliberandi. Dice Ulpiano que si alguien pide tiempo para de liberar y se le concede, y después de pasado el tiempo ade y restituye la herencia, no parece que lo haga compelido, ni que ade coaccionado la herencia sospechosa, sino voluntariamente, después de deliberar.

No están en contradicción los dos textos. Meciano sostenía que los que deliberaban podían ser obligados a adir la herencia a instancia del fideicomisario, pero no a restituir inmediatamente, sino después de haber llegado a una decisión al respecto. En el supuesto de Ulpiano, parece que es el fiduciario quien una vez decidido ade y restituye, por lo que, al no manifestar que lo hace coaccionadamente, debe entenderse que lo hace voluntariamente, de modo que podrá retener la cuarta correspondiente.

El texto nos parece substancialmente clásico.

Respecto del § 2, (Quod si suspectam dicit, profiteri debet non sibi expedire adire hereditatem, neque hoc dici oportere non esse - solvendo, sed profiteri eum oportet, quod non putat sibi expedire - hereditatem adire) creemos que debe analizarse en el contexto en el que se encuentra. Es decir, que Ulpiano cuando afirma que el que declara sospechosa la herencia debe notificar que no le conviene adirla, y que (no es necesario) que declare que es sospechosa sino que - piensa que no le conviene adirla, se está refiriendo al fiduciario - que ha solicitado un spatium deliberandi. El fideicomisario puede - obligarlo a adir sin que haya transcurrido el tiempo que se le ha - concedido para que decida. El texto confirma, en nuestra opinión, que cuando el fiduciario ha decidido, debe notificar que la adición no le conviene, y que la efectúa coaccionado. Del anterior se deducía - que no hacía falta una declaración expresa cuando el fiduciario res-

titula voluntariamente, aunque se podía interpretar su conducta como un acto concluyente de manifestación de voluntad.

Voci (339) sostuvo que en estos casos el heredero, dentro del plazo concedido, debía hacer conocer si su aceptación se consideraba voluntaria o coaccionada. Nosotros, a la vista de estos textos, creemos que la declaración en el sentido de que acepta y restituye coaccionado era necesario hacerla expresamente, mientras que en el caso contrario no sería necesaria una declaración expresa.

En cuanto a la genuinidad, Lenel (340) sospechó del periodo final neque hoc — idcirco, al que consideró una glosa añadida al texto original. Bartoszek (341), por el contrario, defendió su genuinidad, afirmando que este último periodo no era una repetición inelegante, sino una interpretación de acentuada importancia.

Para nosotros el texto tiene su importancia, pero creemos que el último periodo es ciertamente supérfluo, por lo que admitimos la sospecha de Lenel.

En el § 3 (Si quis sub condicione fuit heres scriptus, pendente condicione nihil agit, tamen si paratus sit restituere hereditatem) — se afronta el problema del heredero instituido bajo condición, el cual nada puede hacer pendente condicione, aunque esté dispuesto a restituir la herencia.

¿Cómo debemos interpretar el texto? Voci admitió la posibilidad de que el fiduciario sub condicione dispuesto a restituir la herencia, efectue la restitución, pero en este caso, afirmó, no se produce la transmisión de acciones (342). Y así creemos que debe entenderse el nihil agit (343).

(339) Diritto ereditario, cit., II, 2, pag. 355.

(340) Pal., II, nota (2) col. 913.

(341) Il SC Trebelliano, cit. pag. 328.

(342) Diritto ereditario, cit. II, 2, pag. 360.

El texto puede considerarse como clásico.

Lenel situó a continuación D. 36.1.11, en cuyo principium (Apud - Iulianum relatum est, si legatum fuit heredi instituto relictum "si heres non erit" et ob hoc suspectam dicat hereditatem ne perdat legatum, offerri ei oportere quantitatem legati a fideicommissario, deinde cogendum, nec illud admittit Iulianus, ut, quasi hereditatem non adisset, sic legatum a coherede petat (adiit enim), sed magis arbitratum a fideicommissario ei praestandum, sed et si quid aliud sua interesse dicat, non cogitur adire, nisi ei damnum vel lucrum a fideicommissario sarciantur vel a praetore onus remittatur, quod requiritur), reproduce Ulpiano casi al pie de la letra un texto perteneciente al libro II Dig. de Juliano (D. 36.1.28,15 (344)). Decía Juliano que si se había dejado un legado al instituido heredero con la condición "si no fuera heredero", y por esta razón declara sospechosa la herencia, a fin de no perder el legado, le debe ofrecer el fideicomisario la cuantía del legado y luego se le debe obligar (a adir y restituir). Estimaba, además Juliano que no podía el instituido sub condicione pedir a su coheredero que le entregara el legado como si no hubiera adido la herencia, pues creía más conveniente que fuese el fideicomisario quien le pagara el legado. Y si dice (el fiduciario) tener interés en algo más (que sea incompatible con la adquisición de la herencia) no se le obliga a adir a no ser que el fideicomisario le indemnice de daño o lucro (cesante), o el pretor le releve de aquella carga que no quiere asumir.

Comparando el texto de Juliano con el de Ulpiano, coinciden en lo fundamental, y sólo se distancian en el periodo final sed et --- requiritur, que aparece en el de Ulpiano y no en el de Juliano.

(343) Consideramos muy acertada, en este caso, la traducción de la moderna edición castellana del Digesto de los profs. D'Ors, Hdez.-Tejoro, etc., que dice: "...nada puede hacer válidamente..." Válidamente no aparece en el texto latino, pero creemos que ese es su sentido.

(344) Vid. Pal. I, col. 426, frag. 569.

Ulpiano suscribe la opinión de Juliano de que debe ser el fideicomisario y no el coheredero quien debe entregar al fiduciario lo que el causante le dejó "ei heres non erit". La razón de ser de esta mediada la explicó más claramente Juliano: nam sicut explendae fidei - gratia co-heredus est adire hereditatem, ita ob id ipsum damnum affi- ci non debet.

Hasta aquí creemos que se puede considerar clásico el texto Ulpia- neo. Su coincidencia con la solución de Juliano es plena, aunque ésta aparezca más claramente expresada. Bartoszek (345) se inclinó por su genuinidad, afirmando que Juliano examinó en todas sus consecuen- cias el caso concreto planteado por Juliano, y solamente entonces - desarrolló una de las ideas fundamentales del SC. Pegasiano.

Sin embargo, el periodo final en el que se dispensa al fiduciario de algo que él considera que le puede perjudicar, despertó serias du- das en Solazzi (346) quien comenzó a crítica afirmando la no genuini- dad de vel lucrum, lo que en su opinión resultaba patente al contra- ponerlo al sarcinatur. También señaló como sospechoso el periodo nisi - recusat, puesto que la excepción que introducía amenazaba con - destruir la regla ya que hacía depender la obligación del instituido solamente de la garantía de indemnidad, y nunca se pretendió que el fiduciario tuviera, a su propia costa, el interés del fideicomisario. En cuanto a praetore onus remittatur, estimó que falseaba el concep- to de la condicionis remissio, cuyo fin no era exonerar al heredero de las cargas testamentarias como demuestran D. 40.5.35 (Mec. 15 - fideic.) y D. 44.3 (Val. 6 fideic.) (vistos por nosotros en el apar- tado dedicado a las libertades fideicomisarias. Y en cuanto a sed et si quid sua interesse - adire, ¿qué otro interés podía tener el - instituido heredero, además del de salvar el legado? y dado que cam- bia la construcción sed et, podría ser una ampliación de Ulpiano a - la doctrina Julianen, pero podría ser también un apéndice bizantino. No afirmó claramente Solazzi la manipulación del texto, la cual solo la apunta como posibilidad.

(345) Il SC Trebelliano, cit. pag. 328.

(346) Sulla condicio emancipationis, cit., en AG 86 (1921) nota (4) pag. 89-90.

Nosotros creemos que en tanto en cuanto, como ya tuvimos ocasión de ver, el fiduciario que aceptaba coaccionado no debía sufrir ningún daño por haber aceptado, la regla debe considerarse plenamente clásica, por lo que, sin descartar algún posible retoque, mantenemos con Bartoszek la substancial claridad del texto.

En el § 1, (Idem Iulianus ait. si duo fuerint a patre instituti - cum filio eius impubere et idem substituti filio, sufficere ei, qui - fideicommissum in secundis tabulis accepit, unum ex heredibus institutis cogere adire patris hereditatem: hoc enim factio confirmatis - que patris tabulis poterunt ex substitutione ambo cogi adire et restituere hereditatem) y mencionando de nuevo a Juliano (<sup>347</sup>), se dice que si dos hijos fueron instituidos herederos por su padre a la vez que otro hijo impuber, de quien les nombró sustitutos, basta al fideicomisario que habla de recibir la herencia en virtud de la sustitución con obligar a uno de los herederos instituidos a adir la herencia paterna, pues una vez hecho ésto, y firme el testamento del padre, ambos herederos pueden ser obligados a adir la herencia en virtud de la sustitución, y restituirla al fideicomisario.

Voci (<sup>348</sup>) propuso una interpretación del contenido del texto, - que básicamente parece convincente. Para ello tuvo necesidad de realizar una corrección en el texto tal y como ahora se nos presenta. - Actualmente, en el texto se dice cum filio, pero ya Cuyacio (<sup>349</sup>) - propuso: en vez de cum filio debía leerse exheredato filio, y esta rectificación, dice Voci, ha sido admitida por las ediciones modernas. La situación queda así: El pater ha desheredado al hijo impuber y ha instituido dos herederos, a los que a su vez nombra sustitutos. A cargo de ellos, en cuanto sustitutos, ha encomendado en las segundas tablas un fideicomiso de herencia. Los herederos no quieren adir y el fideicomisario pretende la realización de su derecho, para resolver esta cuestión, Voci se detuvo en los siguientes aspectos:

(<sup>347</sup>) Coincide este texto de Ulpiano con lo dicho por Juliano 40 - Dig. D. 36.1.28,5. Vid. Pal., I, col. 425, fragm. 569,5.

(<sup>348</sup>) Diritto creditario, cit., II, 2, pags. 146-147.

(<sup>349</sup>) Vid. Index.



- Saber si el fideicomiso es válido: las dudas sobre la validez surgen, pues el fideicomiso está dispuesto junto a la desheredación del pupilo, y esto va contra la regla por la cual el testador solo podía disponer legados si instituía al pupilo. Pero existía una excepción, admitida por Juliano, según la cual el pater podía disponer legados y encomendar fideicomisos en las segundas tablas al sustituto que había sido instituido heredero, y de aquí resulta la validez del fideicomiso. Para Voci, Ulpiano no hizo mención de este problema porque en su tiempo esta solución era pacífica.

- Adición de la herencia paterna, que debía ser adida para que el testamento pupilar fuera válido. Habrá por tanto una constrictión a la adición, pero es suficiente con que cada uno solo, puesto que una aditio parcial evitaba que el testamento resultara desertum.

- Adición de la herencia pupilar: tiene que ser adida, puesto que el fideicomisario tiene que pretender la restitución de los herederos del pupilo en cuanto tales. De aquí surge una nueva constrictión de adir, esta vez respecto a los dos instituidos-sustituidos puesto que cada uno de ellos está gravado con la carga de la restitución de su cuota, y deben facilitar personalmente el cumplimiento de la misma. La adición de uno provocaría el derecho de acrecer, pero la cuota no acrecería con la carga de restitución, aunque también es cierto que una adición ficticia provocaría el derecho de acrecer.

En cuanto a la necesidad de la corrección propuesta para la interpolación del texto, sostuvo Voci que si el pupilo hubiera sido heredero, su cualidad de heres necessarius habría hecho innecesaria la adición coaccionada posterior por parte de los herederos extraños.

Esta es la interpretación de Voci, que aceptamos, lo mismo que la rectificación que propuso. El texto, como vemos, entra en el complejo tema de la sustitución pupilar que nosotros no nos detenemos a considerar.

En el extenso § siguiente (Utrum autem praesenti etiam absenti restitui possit procuratore adeunte praetorem, videndum est, ego puto

absenti quoque fideicommissario cogi posse heredem institutum adire et restituere nec vereri heredem oportere, ne forte in damno moretur potest enim ei per praetorem succurri, sive cautum ei fiat, sive non et ante decesserit fideicommissarius, quam ei restituatur hereditas, est enim huius rei exemplum capere ex rescripto divi Pii in specie - huiusmodi. Antistia decedens Titium heredem instituit et libertatem dedit Albinæ directam eique filiam per fideicommissum reliquit roga vitque, ut filiam manumitteret; sed et Titium rogavit, ut manumissae Albinæ filiae restitueret hereditatem. Cum igitur Titius suspectam diceret hereditatem, rescriptum est a divo Pio compellendum eum adire hereditatem; quod adempte Albinæ competituram libertatem eique - filiam tradendam et ab manumittendam tutoremque filiae manumissae - dandum, quo auctore restituatur hereditas filiae statim, quamvis sic fuisset ei rogatus restituere, cum nubilem aetatem compleisset, cum - autem possit, inquit, evenire, ut ante decedat ea, cui fideicommissa ria libertas et hereditas relicta est, nec oporteat damno adfici eum qui rogatus adit hereditatem, remedium dedit, ut, si quid horum contigerit, perinde permittatur venundari bona Antistiae, ac si heres - ei non exstitisset, cum igitur demonstraverit, divus Pius succurri - heredi instituto, qui compulsus adit, dici potest etiam in ceteris - causis exemplum hoc sequendum, si ubi evenerit, restituatur fideicommissaria hereditas ei, qui compulsi adire et restituere sibi hereditatem)

la primera cuestión que se presenta es si la herencia debe - restituirse en presencia del fideicomisario, o puede hacerse a un ausente por medio de un procurador que se presente ante el pretor. Ulpiano piensa que sí que se puede obligar al heredero instituido para que haga la adición y restitución en favor de persona ausente, y que no debe temer el fiduciario que le perjudique la mora (se refiere - a la del fideicomisario en presentarse y hacerse cargo de la herencia) pues puede remediarlo el pretor, sea que hubiera caución, sea que no la hubieran hecho y el fideicomisario muriera antes de que se le hubiera res-tituido la herencia. Menciona Ulpiano la existencia de un rescripto de Antonino Pío que sirvió de modelo para resolver estos - casos. El supuesto de hecho regulado por el rescripto fue el siguiente: El causante (en esta ocasión una mujer, Antistia) dispuso así su testamento: a) instituyó un heredero (Ticio); b) manumitió directamente por testamento a su esclava (Albina); c) encomendó a su herede

ro el fideicomiso de que entregara en propiedad a Albina a la hija - de ésta; d) encomendó por fideicomiso a Albina que manumitiera a su hija; e) encomendó a su heredero que restituyera la herencia a la hija de Albina una vez manumitida.

El heredero declaró sospechosa la herencia, y ante esta circunstancia el emperador dispuso: a) el heredero debía ser obligado a adir la herencia, con cuya adición se hacía libre Albina; b) había que entregar a Albina la propiedad de su hija; c) la hija debía ser manumitida por su madre; d) había que nombrar un tutor para la hija manumitida, y con la intervención de la auctoritas de éste se le restituiría la herencia aunque el causante hubiera rogado que esto se hiciera cuando la hija de Albina llegara a la edad de casarse.

Pero la regulación llegó más lejos, ya que previniendo la posible muerte de la persona a quien se dejó la libertad y la herencia antes de que se efectuara la restitución, y teniendo en cuenta que no debían causarse perjuicios al fiduciario que adid la herencia (tendencia esta última que se repite en muchos de los textos que estamos examinando), se dispuso que si algo de esto ocurriera, se vendieran los bienes de Antistia como si ésta no hubiera llegado a tener heredero.

Finaliza el texto generalizando la solución aplicada en este caso (dar un remedio al heredero instituido que adid contra su voluntad) a los otros en los que suceda que (no) llegue a poder restituirse la herencia fideicomisaria al fideicomisario que exigió que se obligara al heredero a adir la herencia y restituirla.

Este es el contenido del extenso § 2. De él creemos que fundamentalmente se pueden deducir dos conclusiones:

a) Que Ulpiano era favorable a que la petición al pretor para que - éste compeliere al heredero fiduciario a adir y restituir pudiera ser hecha por un representante del fideicomisario. Esta opinión de Ulpiano ya fue adelantada por nosotros cuando examinamos un texto de Paulo, 2 fideic., D. 36.1.68,1, en el que aparentemente este jurista sostenía

la postura contraria. Y allí examinamos la opinión de Juliano, valor de la expuesta posteriormente por Ulpiano siempre que el representante diera caución. También dejamos ver las dudas que nos suscita la genuinidad del texto en el que Paulo mantenía lo contrario. - Aún suponiendo que la cuestión fuera debatida, lo que daría lugar a la intervención imperial, creemos que después de ella se aclararían las dudas, lo que confirma las sospechas sobre la genuinidad del texto de Paulo. Este rescripto de Antonino Pío fue mencionado otra vez por Ulpiano, 64 ad edict. D. 42.6.1,6: hoc et divus Pius rescripsit ut porinde testatoris bona venirent, atque si adita hereditas non fuisset..., en un supuesto en cierto aspecto similar al que estamos examinando.

b) Que en el caso de que el fideicomisario muriera antes de que se le hubiera restituido la herencia, o por cualquier otra causa no se efectuará esta restitución (p.e., no ratificar el fideicomisario la gestión de su representante, etc.), la herencia podía ser vendida sin que se infiriera ningún perjuicio al fiduciario por haber realizado la adición de la misma.

Pero el texto ha sufrido numerosas críticas sobre su genuinidad -<sup>350</sup>).

Ferrini se refirió al derecho del heredero a que en ciertos casos se le trate como si no hubiera adido, y sostuvo que por la forma se demostraba claramente la interpolación del periodo cum igitur demonstraverit — restituitur...

De Francisci basó sus sospechas en que el § no mantiene ninguna relación con el que le precede, y en que además, muchas de las formas

<sup>350</sup>) Vid. entre otros, Ferrini, Appunti sulla separatio bonorum, en AG 63 (1899) pag. 545; De Francisci, Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana, cit., en BDIR 27 (1915) pags. 32 y 33; Beseler, Beiträge..., 2, pag. 123; Vasalli, Miscellanea critica di diritto romano, en Studi Giuridici III, Milan 1960, pag. 355 nota (1). La mayoría de estos romanistas hacen referencia a alteraciones ya señaladas por Faber. Vid. Index Interpolationum.

gramaticales utilizadas (procuratore adempte, nec vereri heredes - oportere, etc.), hacían pensar que todo él, como ya señaló Faber, era de factura compilatoria. Y la finalidad perseguida con la manipulación fue, en su opinión, ponerle de acuerdo con las innovaciones introducidas por Justiniano en el tema de la tutela y de la curatela. La falta de ligazón entre los §§ 1º y 2º podría deberse a que los compiladores suprimieran algún período (opinión que nosotros admitimos), y le pareció correcta la mención a la constitución de Antonino Pio relativa al caso de Antistia, perfectamente relacionado con lo que antecede. El punto que, a su modo de ver, preocupó más a los clásicos fue el del peligro que podía correr el fiduciario que restituía la herencia a un fideicomisario ausente por medio de un procurador o tutor, y con el fin de succurrere heredi, se remitía al caso - en el cual, tratándose de una hereditas suspecta, el emperador había creído necesario intervenir para eliminar, mediante la promesa de ra medios especiales, la incertidumbre suscitada por el temor al perjuicio en aquél que debía adir y restituir.

Beseler sospechó de la presencia de remedium, y suprimió remedium dedit, ut, estimando que se trataba de una aclaración torpe, y Vassalli creyó que todo el texto estaba interpolado, incluso las disposiciones del rescripto de Antonino Pio.

Lenel <sup>(351)</sup> señaló únicamente una corrección, proponiendo sustituir tradendam por mancipandam en el período siue filiam tradendam, lo que creemos debe ser admitido. Bartoszek, <sup>(352)</sup> además de la rectificación apuntada por Lenel admitió la propuesta de añadir fideicommissario, en utrum autem praesente etiam absenti (fideicommissario) y sustituir rogatus por coactus en qui rogatus adit hereditatem. Las dos propuestas nos parecen aceptables, pero no así como mantuvo - Bartoszek, que el resto del texto esté intacto, sin que por ello vayamos al extremo contrario de afirmar su total manipulación.

<sup>(351)</sup> Pal., II, col. 914 nota (2)

<sup>(352)</sup> Il SC Trebelliano, cit. pag. 328.

De todos los pareceres expuestos, aceptadas las correcciones de Lenel y de Bartoszek, el que más nos convence es el de De Francisci.- Hay que aceptar que el texto está manipulado en parte, pero en parte muestra también el pensamiento clásico en cuanto a la posibilidad de instar la adición y restitución de la herencia por medio de un representante y garantizar al fiduciario que no sufrirá ningún daño por los actos que realiza si el fideicomisario no llega, por las causas que sean, a recibir la herencia.

D. 36.1.13, siguiente fragmento que aparece en la Palingenesia, - lo presentó Lenel dividido en dos partes (D. 36.1.13, pr.-3, y posteriormente los §§ 4 y 5).

En el principium (Ille, a quo sub condicione fideicomissum relictum est, causari quid non poterit, ne condicio deficiat et haereat actionibus, cum nullum damnum sit futurum), se refiere Ulpiano al en cargado de cumplir un fideicomiso bajo condición que no puede alegar que la condición pueda frustrarse y quedar él sujeto a las acciones hereditarias, pues no ha de reportarle perjuicio.

El supuesto fáctico sería el de un causante que instituye heredero y le encomienda la restitución de la herencia al fideicomisario, cumplida una determinada condición. Si el fideicomisario insta al pretor para que constrinja al heredero a adir y antes de cumplirse la condición, este no podrá negarse alegando que la condición puede frustrarse y quedar él sujeto a las acciones hereditarias, pues como sabemos, el fiduciario que ade bajo coacción no sufre ningún perjuicio por esta aceptación.

Esta es la postura mantenida por Ulpiano que, en cierto modo, esta de acuerdo con la constitución de Antonino Pío que acabamos de ver.- Pero si observamos un texto de Papiniano 20 quæst. (D. 36.1.12) intercalado entre estos dos de Ulpiano, encontramos lo que puede parecer una discrepancia. Dice así Papiniano: Sed cum ab herede pro parte instituto fideicommissa hereditas sub condicione relicta esset - impetrator Titius Antoninus rescripit non esse locum constitutioni suae neque puerillum extra ordinem iuvandum, praesertim si novum beneficium cum alterius iniuria postularetur.

Sin embargo, en nuestra opinión, no son supuestos equiparables, - pues Papiniano hablaba del fideicomiso bajo condición encomendada al heredero instituido pro parte, y de la negativa de asistimiento por vía extraordinaria al heredero pupilo, lo que nos hace pensar que - los hechos contemplados eran diferentes a los tenidos en cuenta por Ulpiano.

Voci ( <sup>353</sup> ) sostuvo que si se podía considerar la opinión de Papiniano como contraria a la de Ulpiano, basándose en que los juristas no estuvieron de acuerdo sobre el alcance de la decisión de Antonino Pío. También, en su opinión, los fragmentos no están situados ordenadamente, puesto que el § 12 no encaja bien entre el § 11 y el § 13.- Pero si como sostenemos, Papiniano se refería a un supuesto diferente, no nos parece perfecta esta ubicación, que en cierto modo interrumpe los argumentos de Ulpiano, pero tampoco se rompe su relato al indicarnos un supuesto en el que no era de aplicación el rescripto - de Antonino Pío. Y tampoco se debe descartar la posible mutilación - del texto de Papiniano lo que ha podido dar lugar a esta confusión.

Se remitió Voci también a un texto de Marciano, 9 inst., D. 36.1. 32: Si cui pure libertas et per fideicommissum sub condicione hereditas relicta est. coartatur heres adire hereditatem si suspectam dicat et restituere; et deficiente condicione libertas ei erini non potest, pero creemos que en la solución ofrecida en este texto no se puede - descartar, aparte otras consideraciones, la importancia que como ya ha sido señalado tuvo el favor libertatis, que influiría para que la decisión se tomara en este sentido.

En base a todo lo expuesto, creemos que puede defenderse la substancial genuinidad del texto examinado.

En el § 1 (secundum ea quae ostendimus iam igitur non desideratur heredis praesentia) se afirma que, según se ha dicho, no era neces-

( <sup>353</sup> ) Diritto ereditario, II, 2, nota (56) pag. 356.

ría la presencia del heredero. Pero esta afirmación, en este lugar, nos llena de perplejidad. No concuerda ni con el párrafo que le precede ni con el que le sigue. En todo caso, habría que relacionarlo con D. 36.1.6, pr., en el que se hablaba de la necesidad o no de la presencia del heredero para rechazar la aceptación de la herencia. - Ya dijimos allí que Ulpiano no podía tener esta seguridad y expusimos las razones en que basábamos esta afirmación. La ubicación extemporánea de este texto en ese lugar nos confirma aún más la manipulación que sufrió la opinión de Ulpiano.

Vamos a examinar conjuntamente, por estar en nuestra opinión íntimamente relacionados, los párrafos 2º y 3º: § 2 Si de testamento aliquid quaeratur, heres non debet audiri, si suspectam sibi hereditatem dicat: nam et si maxime dicatur vel ius testandi non habuisse cum qui testatus est vel de viribus testamenti vel de sua condicione non erit audiendus. § 3 Quid ergo si de viribus fideicommissi tractatur? haec quaestio praetor(i) praeter mittenda non erit, sed quid si fideicommissarius dicat: "adeat prius et sic de hoc quaeratur"? - credo interdum audiendum fideicommissarium, si comitio proximiorum tractatum habeat: finge enim verba fideicommissi de longinquo petenda et iustam deliberationem de quantitate fideicommissi incidere: dicendum erit compellendum eum adire, ne prius heres decedens fideicommissarium decipiat.

Si, parte de la idea de que si se discute sobre algo de un testamento, no debe atenderse al heredero que declara sospechosa la herencia, pues no debe ser atendido ni aun cuando declara que el testador no tenía capacidad para testar, o algo acerca de la eficacia del testamento o de su condición. Pero a continuación en el 3 se predica la necesidad de que el pretor intervenga si de lo que se trata es de la eficacia del fideicomiso, y se plantea la cuestión del fideicomisario que pide que se adia la herencia y luego se discute el asunto. ( 354 Ulpiano estimaba que a veces debe atenderse al fideicomisario

( 354 No nos convence la traducción que en la moderna edición castellana del Digesto de los prof. D'Ors, Hdez Tejero etc., se hace de este período: Si qui fideicommissarius dicat: adeat prius et sic de hoc quaeratur? Pero ¿y si dice el fideicomisario -



rio si la cognición necesita un exámen prolijo. Y propone un ejemplo: cuando hay que hacer traer de lejos el texto del fideicomiso y hay - que detenerse en una deliberación en cuanto a la cuantía del mismo.- Se dirá que se deba obligar (al heredero) a que haga la adición de la herencia, no sea que muera antes y quede engañado el fideicomisario.

- Cuando el fideicomisario insta al pretor para que coaccione al fiduciario a adir la herencia, éste debe aceptarla sin que pueda invocar la invalidez del testamento.

- Cuando lo que alega el fiduciario es la invalidez del fideicomiso, Ulpiano sigue manteniendo que si el fideicomisario lo pide, se le debe hacer adir y discutir después la cuestión, para evitar que el fideicomisario pueda resultar burlado.

En nuestra opinión, el texto puede considerarse clásico. Vemos en él hasta que punto llegó la preocupación de que el fideicomiso se cumpliera. Incluso aunque el heredero sospeche de la validez del testamento o del fideicomiso, debe adir, aunque se admite la posibilidad de que posteriormente se discuta el problema.

Bartosek (355) admitió que desde nam, hasta el final del texto pudiera haber alguna parte producto de glosadores postclásicos, pero - creemos que, en todo caso, no afecta a la claridad de la solución.

En el § 4 (Tempestivum est requirere, per quem quis cogatur adire et restituere hereditatem; veluti praetor aut consul fuerit heres institutus suspectaque hereditatem dicat, an cogi possit adire et restituere? et dicitur dum est praetorem quidem in praetura vel consulem nullum imperium habere; sed si iurisdictione se subiciant, -

(Continuación nota 354) "presentese" antes para tratar de esta cuestión? Debemos entender que se refieren al fideicomisario ausente del que se trata en el 1º, que en nuestra opinión está al terado. Pero ¿por qué traducir "presentese", cuando en el texto se dice adeat?

(355) Il. SC. Trebelliano, cit., pag. 328.

solet praetor in eos ius dicere, sed et si ipse praetor heres institutos suspectam dicat, ipse se cogere non poterit, quia triplici officio fungi non potest et suspectam dicentis et coacti et cogen- tis, sed in his omnibus casibus atque similibus principale auxilium implorandum est), consideraba Ulpiano oportuno preguntar quién obli- ga al heredero a adir y restituir la herencia. Y el supuesto que con- templa es si se puede obligar a adir y restituir una herencia cuando son instituidos herederos un pretor o un cónsul y la declaran sospe- chosa. El problema está en que un pretor contra otro, o un cónsul con- tra otro, no tienen imperio, pero si se someten voluntariamente a la jurisdicción, suele el pretor ejercerla sobre ellos. Ahora bien si - el mismo pretor fue instituido heredero y declara sospechosa la he- rencia, no puede obligarse as sí mismo, pues no puede ejercer las - tres funciones, de persona que declara sospechosa la herencia, de - persona obligada (a adirla y restituirla), y de persona que obliga - Ante estos casos y otros similares, estimaba que debía implorarse un remedio del príncipe.

Beseler <sup>(356)</sup> depuró el texto de lo que consideraba añadidos aje- nos a Ulpiano, presentándole como sigue: Si praetor aut consul fue- rit heres institutus suspectamque hereditatem dicat, an cogi possit adire et restituere? et dicendum est praetorem in praetorem vel con- sulem nullum imperium habere sed et si ipse praetor heres institutus suspectam dicat, ipse se cogere non poterit.

No descartamos totalmente esta reconstrucción, pero creemos que - Ulpiano daría alguna solución a este problema y no lo dejaría en sug- penso, y por ello, en el caso de que la cuestión fuera debatida, no descartamos que se remitiera a una decisión imperial como se dice - en el texto, y que tanto se discute. <sup>(357)</sup> En este sentido, Bartossek <sup>(358)</sup> ya defendió la genuinidad del último periodo.

<sup>(356)</sup> Romanistische studien, en TR 10 (1930) pag. 197, y Textkritische studien, en SZ 52(1932) pag.61, en la que se remitió a lo señalado en TR.

<sup>(357)</sup> Solicitud que no solo fue suprimida por Beseler, sino que Fer- rini (Pand. 51,2, vid. index interp.) también rechazó.

<sup>(358)</sup> Il SC Trebelliano, cit., pag. 328.

También consideró Bartosek genuino el periodo sed si — disere, lo que deducimos de que le puso en relación con otro texto de Ulpiano, 39 ad edict. D. 2.1.14, en el que el jurista afirma est receptum eoque iure utimur. ut si quis maior vel aequalis subiciat se iurisdictioni alterius, possit ei et adversus eum ius dici.

Mantenemos, pues, que el texto pudo haber sufrido ciertos retoques formales, pero que su contenido podemos considerarlo clásico.

Dentro del mismo tema se encuentra el § 5: Si quis filius familias sit et magistratum gerat, patrem suum, in cuius est potestate, cogere poterit suspectam dicentem hereditatem et restituere.

Ulpiano manifestaba en él que si un hijo de familia es magistrado, puede obligar al padre bajo cuya potestad se encuentra, a adir y restituir una herencia si éste la declara sospechosa.

En nuestra opinión el texto es también genuino y la solución ofrecida puede considerarse clásica. No creemos que sea éste el lugar adecuado para extendernos en consideraciones respecto a la patria notestas y la plena capacidad de los hijos de familia para ocupar cargos públicos y desarrollar las funciones a ellos inherentes. El texto es una prueba de ello al afirmar Ulpiano que el filius magistrado puede obligar a su pater familias a adir y restituir una herencia que declara sospechosa. En este sentido se expresa D. 36.1.14, Hermogeniano 4 iuris epitomarum <sup>(359)</sup> que dice: nam quod ad ius

<sup>(359)</sup> Este pequeño fragmento dió lugar a una equivocación en las antiguas ediciones del Digesto al presentarsele como principium de un extenso frag. 14 (formado por lo que en las modernas ediciones son frag. 14 y 15) atribuido a Hermogeniano, 4 fidicommissorum. En la editio maior, Mommsen ya ofreció los dos fragmentos separados, atribuyendo este a Hermogeniano libro ... epitomarum, explicando que en F, apreciada de la forma que al principio hemos expuesto, pero que él mutavi sic ut voluit Cuiacius, cum praesertim numeri digestorum huius tituli apud graecos allati ad l. 13 cum Florentina concordent. deinceps inde ab ipse ad lege 15 eam quam nos dedimus numerationem sequuntur. Las ediciones posteriores ya presentan la división según la apreciación de Cuyacio expuesta por Mommsen. Lenel — on Pal., II, nota (1) col. 915, correspondiente a D. 36.1.15,

publicum retinet, non sequitur ius potestatis, confirmando que en lo que se refiere al derecho público no tiene lugar la patria potestad, y por lo tanto, la posibilidad de que el filius pueda constreñir al pater en nuestro caso.

D. 36.1.15 es el fragmento que situó Lenel a continuación, presentándole dividido en dos partes (§§ 1 a 4, y §§ 5 a 8).

El § 1, dice: Sed et qui repudiavit hereditatem, cogetur adire et restituere ipsam hereditatem, si iustas causas allegentur.

Encontramos en el fondo de la cuestión al heredero voluntario - al que se le ha encomendado restituir la herencia. Si aceptaba, como es sabido, uno de los efectos que se derivaban era el de su responsabilidad ultra vires hereditatis, y por ello, ante una herencia cargada de deudas en la que el activo superaba al activo, la única posibilidad que tenía para librarse de las reclamaciones de los acreedores del difunto era renunciar a la herencia, efectuar una repudiatio hereditatis (360).

Pero incluso al que repudia la herencia, si se alegan justas causas, se le puede obligar a adir y restituir al fideicomisario en virtud del SC. Pegasiano. Y en nuestra opinión, estas justas causas deben ser alegadas por el fideicomisario que era quien debía instar al pretor para que coaccionara al heredero que repudiaba la herencia.

¿Cuáles pueden ser estas justas causas? no se dicen en el texto, pero podían encontrarse. (361) Lo que debe quedar claro es que el -

(Continuación nota 359) hizo también esta indicación remitiéndose a Mommsen. Salvo esta referencia, diremos por nuestra parte, que es errónea, no se conoce ninguna otra en que se atribuya a Hermogeniano una monografía sobre fideicomisos.

(360) Decimos que es un heredero voluntario, pues si fuera un heres suus podría hacer uso del beneficium abstinendi, y si fuera un heres necessarius, de la separatio bonorum. Cfr. Arias Ramos, Derecho Romano, cit. page. 857 y ss.

fiduciario, por el hecho de adir y restituir, no sufrirá ningún perjuicio. Por ello, si el fideicomisario (que será quien soporte todos los riesgos que la herencia pueda comportar) lo desea, no debe haber ningún inconveniente en que se realice la adición y la restitución.

En el § 2 (Plane si bona venierint, non oportet praetorem ne quidem pupillum restituere nisi ex causa, ut divus Pius rescripsit), dice Ulpiano que si se vendiera la herencia (suponemos que se refiere a la venta de la herencia en subasta una vez que el heredero instituido la ha repudiado), no debe el pretor restituirla, ni siquiera al pupilo (362) a no ser por causa justificada, como se dice en un rescripto de Antonino Pio. El contenido de este § está relacionado con lo dicho en el anterior. Pero de alguna forma ambos textos han sido manipulados. Lenel, al finalizar la exposición del § 1º, (363) nos indicó a entender que la solución propuesta procedía ex Divi Pii rescripto, y se remitió a otro texto de Ulpiano, 13 ad Sab., D. 38.16.2,7 - que en la parte que nos interesa, dice: proponere heredem scriptum rogatum restituere hereditatem repudiasset eam, cum nihilo minus compelli potuit adire hereditatem et restituere, ut divus Pius rescripsit. Como se ve, la materia tratada en el § 1 estaba regulada por un rescripto de Antonino Pio, pero es, sin embargo en este § 2 en donde aparece mencionado expresamente. Carecemos, por desgracia, de más noticias sobre tal rescripto.

Solazzi (364), que consideró al § 2 obscuro y probablemente alterado, le puso en relación con D. 4.4.24,2, Paulo 1 sent. que trataba al problema de si era admisible la restitutio in integrum frente a

(361) Podríamos imaginar una de ellas: dada una hereditas damnosa - en la cual el pasivo supere al activo, el fideicomisario, por las razones que sean (de índole moral, etc.) pretende salvar el buen nombre del causante sin respondiendo con sus bienes de las deudas. Puede intentar la restitución, y una vez recibida la herencia, hacer frente al pasivo.

(362) Apreciamos un nuevo error en la moderna edición castellana del Digesto. ... ne quidem pupillum restituere, lo traducen, "ni siquiera el pupilo". Creemos que, cotejando el texto latino y el sentido del texto, la traducción debe ser, "ni siquiera al pupilo".

(363) Pal. II, nota (2) col. 915.

la repudiatio hereditatis cuando la herencia había sido vendida. Deben ser admitidas, en nuestra opinión, estas concordancias, pues tanto en el texto de Paulo, como en el de Ulpiano, se hace referencia a un pupilo.

Bartosek (364) nos remitió al punto de vista compilatorio contenido en tres constituciones imperiales (dos de Diocleciano y Maximiliano, año 536 p.C. y otra de Justiniano, año 536 p.C.) C. 6.31, 4 a 6. De ellas deducimos entre otras cosas de no menor interés, que cuando se había producido la venditio bonorum no era posible volverse atrás para efectuar la adición (§ 6: hoc corrigentes sancimus. si quidem res iam venditae sint. ut nullus aditus ei ad hereditatem reservetur quod et antiquitas observabat...). En base a esto, Bartosek dedujo que iustae causae aparecía en el § 1º por analogía con el § 2º.

Para nosotros la intención de Ulpiano es clara: posibilidad de hacer adir la herencia al heredero fiduciario cuando la repudia; mayor dificultad de que esto suceda cuando se ha producido la venditio bonorum, hasta el extremo de dudarse si una vez efectuada ésta se podía volver atrás.

El texto está manipulado, pero deja ver cual era la cuestión que debatieron los juristas clásicos.

En el § 3 (Si quis compulsus adierit hereditatem ex testamento. quod secundae tabulae habeat. quaesitum est. an per aditionem et tabulae secundae firmarentur. quod videbantur evanuisse non adita patris hereditate. Et Iulianus libro quinto decimo scribit et sequentes tabulas confirmari: quae sententia verissima est: nemo enim dubitat etiam legata praestari et libertates competere et cetera. quaecumque sint in testamento. perinde valere. ac si sua sponte hereditatem adiasset), se preguntaba Ulpiano si se confirmaba por la adición

(363) La restitutio in integrum del pupilo, en BIRD, 27 (1915) pag. 303.

(364) II SC Trebelliano, cit., pag. 328-329.

un nombramiento de sustituto, cuando un heredero había adido obligado la herencia (dispuesta en un testamento en el que se contenía también la sustitución), ya que parecía haberse invalidado por la falta de adición de la herencia del padre. Juliano escribía en libro quince (365) que si se confirmaba el nombramiento del sustituto, opinión acogida por Ulpiano en razón a que nadie podía dudar que se debían también los legados, y eran válidas las libertades y todas las demás cosas contenidas en el testamento, como si el heredero hubiera adido la herencia voluntariamente.

El texto viene a ser una confirmación del principio de que la adición efectuada coactivamente hace eficaces todas las disposiciones contenidas en el testamento (legados, manumisiones), pero pone especial énfasis en la validez de la sustitución dispuesta por el causante. Y este especial interés puede deberse a que la cuestión fuera debatida y Ulpiano pretendiera reforzar esta solución. De este debate nos han llegado noticias en un de Paulo, de sec. tab. lib. sing., D. 28.6.38,6, que en lo que nos interesa dice: ... secundas tamen et tabulas non oportere rescitari destituto iam iure civili testamento Scaevola noster dicebat, sed plerique in diversa sunt opinione, qua et pupillares tabulae pars sunt prioris testamenti, quo iure utimur, y en el que podemos observar como Escévola era contrario a la eficacia de la sustitución en contra de la opinión, al parecer de la mayoría, de que el testamento pupilar era parte del precedente.

(365) Lenel creyó que en el texto debía figurar libro vicesimoquinto (XXV pro XIV) Vid. Pal., II nota (3) col. 915. Pero curiosamente, Lenel no situó este fragmento en el índice correspondiente a los lugares en donde Julianus laudatur non indicato libro. - Bartosch, I SC Trebelliano, cit. pags. 329 apunta la posibilidad de que el texto de Juliano correspondiente fuera D. 36.1.28, 4 o mejor el 2 (Juliano 40 Dig.), y cierta relación al que existe entre ambos textos. En base a esto, aceptamos de mejor grado la rectificación propuesta por Bartosch (XL por XIV) que la de Lenel. además, el libro XXV de Juliano aparece en la Palíngenesia leneliana intitulado de legatis, 4, de usu fructu et usu et operis legatis, y el XL, como ya sabemos, de fideicommissis, 2, ad SC Trebellianum et Pegasianum, título este que se corresponde más con la materia tratada por Juliano en la cita que de él hizo Ulpiano.

Beseler <sup>(366)</sup> depuró el texto dejándole, en realidad, con idéntico sentido que muestra en su estado actual. La reconstrucción que nos ofreció es la siguiente: si quis compulsus adierit hereditatem ex - testamento. Iulianus libro quinto decimo scribit et secundas tabulas perinde valere. ac si sua sponte heres hereditatem adisset. Es curioso comprobar como Beseler, voraz a la hora de descubrir manipulaciones y errores en los textos, diera por buena la referencia al libro quinto decimo, puesta en duda por otros romanistas, en nuestra opinión, acertadamente. En cuanto a la reconstrucción que nos presentó, nuestra impresión es que dejó el esqueleto del texto, puesto que mantuvo la eficacia de la sustitución cuando el heredero adía coactivamente. Esta simplificación nos parece exagerada, aunque no descartamos algunas de las correcciones que propuso como la sustitución de sequentes por secundas. Por lo demás, para nosotros, el texto es sustancialmente clásico.

D. 36.1.15,4, dice: Qui compulsus adit hereditatem. sicuti ceteris commodis caret. ita hoc quoque casu caret. ne possit penitendo quartam retinere: et ita inuenio ab imperatore nostro et divo patre eius rescriptum.

Creemos que aquí no es necesario extenderse en muchas explicaciones: Ulpiano habla de la existencia de un rescripto de Caracala y - Septimio Severo en virtud del cual no tenían ningún valor el arrepentimiento del heredero que había adido coactivamente, en el sentido - de que por ello se le permitiera retener la cuarta. El mismo hecho - de la existencia del rescripto nos hace pensar que, si no discutido, si se presentarían con alguna frecuencia casos similares en los que una vez que el fiduciario hubiera adido a instancias del pretor se - arrepintiera de no haberlo hecho voluntariamente (creo, por ejemplo que era una hereditas damnosa y luego resultaba no serlo). Y la decisión imperial es clara.

<sup>(366)</sup> Textkritische Studien, en SZ 52 (1932) pag. 55.



Sostenemos la substancial genuinidad del texto.

En D. 36.1.15,5 (Non omnis autem suspectam hereditatem repudiatione omisam cogere potest adiri et sibi restitui, sed is demum, ad quem actiones transire possunt: neque enim aequum est ad hoc quem compelli adire hereditatem, ut emolumentum quidem hereditatis refundat, ipse vero oneribus hereditatis obstrictus relinquatur), Ulpiano examina - quien podía instar al pretor para que obligara a adir al fiduciario, y creemos que se aprecia en él la tendencia ya apuntada de defender, en la medida de lo posible, los intereses de este último. Dice Ulpiano que no todos los fideicomisarios pueden obligar a que una herencia que fue declarada sospechosa y repudiada sea adida por el heredero fiduciario, sino tal solo aquél a quien pueden pasar las acciones, pues no es justo que se vea compelido a adir la herencia para entregar el activo y quedar obligado por el pasivo de la misma.

Al lado de esa tendencia, sobresale también, quizás como soporte de ella, el principio que ya hemos visto en otros textos y que en este se con firma: al heredero fiduciario no se le causará ningún perjuicio por el hecho de adir coaccionadamente la herencia. Y en este sentido creemos que el contenido del texto es substancialmente clásico.

Vamos a examinar conjuntamente los §§ 6 y 7 (este último fue ya mencionado cuando analizamos los textos de Meciano): Quare si fideicommissum pecuniarium alicui fuerit relictum, cessat compulsiō, tamen si indemnitas cautio offeratur ( § 6) Proinde qui "hereditatem" rogatur restituere, is demum compellitur restituere ( § 7). El tema tratado sigue siendo quien puede ser compelido a adir y restituir, y en que circunstancias, y Ulpiano dice que si se hubiera dejado a alguien un fideicomiso de dinero, cesa la facultad de obligar a adir, aunque se ofrezca al fiduciario, por parte del fideicomisario una - caución de indemnidad. Así pues, solo puede ser obligado a restituir el fiduciario a quien se le ruega restituir la herencia. Creemos que está claro el pensamiento Ulpiano, pero si hubiera alguna duda, el - jurista insistió en D. 36.1.17,2: Et generaliter autem potest dici ita demum quem non posse cogi adire et restituere hereditatem, si de

re vel quantitate fuerit rogatus; ceterum de universitate sensisse - testatorem appareat. nulla quaestio est, quin, sive suspectam dicat, coram possit, sive sponte edit ex Trebelliano transeant actiones, texto en el que independientemente de las alteraciones que pueda haber sufrido (367) nos indica quien puede y quien no, ser coaccionado para adir y restituir una herencia.

Por lo que respecta a D. 36.1.15,8, nos remitimos a lo ya dicho - con ocasión del análisis del libro VI de la monografía de Meciano, y concretamente el efectuado sobre D. 36.1.15,7 y 8 y D. 36.1.17, pr. (pags. 522 y ss.)

El § 1 de D. 36.1.17, dice: Sed et si quis ita rogaverit: "quidquid ad te ex hereditate bonisve meis pervenerit, rogo restituas". - coram poterit adire et restituere hereditatem ex Trebelliano senatus consulto, quamcumque pervenire proprie dicatur quod deductis oneribus - ad aliquem pervenit; Ulpiano, en los párrafos anteriores, va pasando revista a las diferentes formas de encomendar el fideicomiso de herencia. Aquí analiza las consecuencias de una cláusula específica - ("ruego que restituyas todo lo que te hubiera llegado de mi herencia o mis bienes" (368)). Para él, el heredero podrá ser obligado a adir y restituir la herencia en virtud del SC. Trebelliano, haciendo hincapié en el sentido del pervenire para señalar que es lo que llega a alguien después de deducirse las deudas.

El texto nos parece clásico, salvo la referencia al SC. Trebelliano (369) que en nuestra opinión debería ser al SC. Pegasiano.

(367) Vid. supra pags. 525 y ss.

(368) Apreciamos aquí lo que debe ser un error de imprenta en la moderna edición castellana del Digesto. Traducen: "... de mi herencia a mis bienes", que no tiene sentido.

(369) Ya Lenel, Pal., II, col. 915, nota (5), indicó que el texto de Ulpiano diría SC. Pegasiano.

(370) Aunque no se concreta que decisión del senado era esta, hay que suponer se trata del SC. Pegasiano. Vid. en este sentido - Voci, Diritto ereditario, II, 2, nota (18) pag. 346.

El § 2 le hemos examinado con D. 36.1.15, 6 y 7, y ya fue analizado con el § 3, el § 6, el § 8 y el § 9, cuando estudiamos los textos del libro VI de Modiano. Nos remitimos por tanto a lo que allí dijimos - (vid. pags. 524 y ss.).

En D. 36.1.17,4 (Si quis heres institutus rogatus fuerit hereditatem non totam sed partem restituere, vel si duobus restituere sit - rogatus et alter ex his velit sibi restitui hereditatem, alter recusasset: senatus censuit utroque casu exponerari eum, qui suspectam hereditatem dicit, totamque hereditatem transire ad eum, qui adire cogit) invoca Ulpiano una decisión del senado (370) a efectos de solucionar el problema planteado.

Existen aquí dos situaciones diferentes, pero con soluciones similares:

- a) El causante encomienda al heredero la restitución de una parte - de la herencia. Este declara la herencia sospechosa. El fideicomisario, en virtud de lo dispuesto por el SC. Pegasiano, puede pedir - al pretor que obligue al heredero a adir y restituir, pero se le restituirá toda la herencia, no solo la parte que al causante había encomendado que se le entregara. Esta decisión, en nuestra opinión, - se tomó teniendo en cuenta los intereses del fiduciario que, al no poder resultar perjudicado por la adición forzosa que realiza, evitaría problemas desembarazándose totalmente de la herencia restituyéndola toda entera al fideicomisario que le exigió la adición.
- b) También el SC. Pegasiano determinaba que cuando había dos fideicomisarios pro parte, y uno de ellos no quería que se le restituyera la herencia, el que sí quería podía acudir al pretor para que el fiduciario adiese y le restituyera a él todo el caudal hereditario.

Podría pensarse que en ambas soluciones se fuerza la voluntad del causante, pero creemos que resultaría más forzada aún si no se permitiera actuar así al fideicomisario y la herencia se perdiera por la no adición del heredero instituido.

Beseler (371), reconstruyó el texto suprimiendo desde non totam - hasta vel si, sit rogatus, desde utroque casu hasta dici poterit del § 5º que a continuación veremos. Nos parecen exageradas las correcciones de Beseler, más aún cuando encontramos confirmada esta solución en otros supuestos que ya hemos examinado como D. 36.1.1,9 (vid. supra pag. 545) y D. 36.1.17,8 (vid. supra, pags. 545 y ss.).

Bartossek (372) se manifestó en favor de la genuinidad substancial del texto, y nosotros también la mantenemos.

En el § 5 (Sed et si quis non hereditatis suae partem dimidiam - rogavit heredem suum restituere, sed hereditatem Seiae, quae ad eum - pervenerat, vel totam vel partem eius, heresque institutus suspectus dicat, cum placeat illud quod Papinianus ait ex Trebelliano transire actiones, dici poterit, si suspecta dicatur hereditas, cogendum heredem institutum adire et restituere hereditatem totamque hereditatem ad eum cui restituitur pertinere), se dice que si uno rogó a su heredero que restituya no la mitad de la herencia, sino la herencia de - Seia que le había llegado, o toda o parte de ella, y el heredero instituido dice que es sospechosa, se admite aquello que opina Papiniano (373) de que se transfieren las acciones por el Trebelliano. Se podrá decir, sigue el texto, que en caso de que se declare sospechosa la herencia, ha de ser obligado al heredero a adir y restituir la - misma, y toda pertenecerá a aquel a quien se restituye.

La generalidad de la doctrina ha dudado de la genuinidad de este texto en base a que, en la época clásica, no podía ser objeto de un - fideicomiso una herencia deferida al disponente, solución, en cambio admitida por el derecho justinianeo (374). En el texto, por el contrario se admite ésto, y aparece Papiniano como defensor de que las -

(371) Miszellen, en SZ 47 (1927) pag. 376.

(372) Il SC. Trebelliano, cit. pag. 329.

(373) Lenel situó esta pretendida opinión de Papiniano en el libro - XX Quaest., de fideicommissis 2, Vid. Pal., II col. 858, frg. 296.

(374) Cfr. Voci, Diritto ereditario, cit., II, 1, pag. 218 y II, 2 - pag. 352.

acciones se transfieren, admitiendo, además, que el fideicomisario - pueda instar al pretor para obligar al fiduciario a que *ada*. Podría pensarse que ésta era una opinión de Papiniano contraria a la dominante, pero es difícil de aceptar si se tiene en cuenta la clara postura tomada por Juliano en su libro 40 *Dig.* D. 36.1.23, 8, 9 y 10, defendiendo que en estos casos no se podía obligar al fiduciario a *adire* y restituir.

Lenel (375) dudó de que la opinión que aparece en el texto perteneciera a Papiniano. Beseler, como vimos en el párrafo anterior, - reconstruyó prácticamente todo este texto, y Bartosek (376) consideró que en él se contenía una regulación compilatoria errónea si se tenía en cuenta lo dicho por Juliano. Nosotros, en base a esto, admitimos también la manipulación del texto.

De los §§ 7 a 17 que nos presentó Lenel a continuación, cuatro de ellos ( el § 8, el § 9, el § 13 y el § 14), ya fueron examinados por - nosotros al estudiar los textos procedentes de los libros VI y VII - de la monografía de Meciano. Aquí examinaremos los restantes.

En el § 7 (Cum quidam duos heredes instituerit eosque invicem substituerit et ab his petierit, sive uterque sive alter heres esset, ut hereditas sua ex parte dimidia restitueretur alicui post quinquennium et scripti suspectam sibi hereditatem dicant, fideicommissarius autem desideret suo periculo adire hereditatem: senatus censuit ambos heredes alterumve cogi adire hereditatem et fideicommissario eam restituere ita, ut fideicommissario et adversus eum actiones competant quasi ex Trebelliano restituta hereditate), encontramos otra indicación de que senatus censuit y debemos admitir también que se refiere al SC Pegasiano. En este caso se hace referencia a un testador que instituye dos herederos y los nombra recíprocamente sustitutos, y les encomienda que restituyan la mitad de su herencia, después de cinco años, a un fideicomisario. Los herederos declaran sospechosa la herencia -

(375) Vid. Pal., II nota (1) col. 916, y I, nota (1) col. 858.

(376) II SC. Trebelliano, cit. pag. 329.

pero el fideicomisario quiere que sea adida a su propio riesgo. Y el SC. disponía que se podía obligar a ambos herederos, o a uno de ellos a adir y restituir la herencia, de modo que competieran las acciones al fideicomisario y en contra de él como si se le hubiera restituido por el SC. Trebeliano.

Beseler (377) cuestionó completamente la genuinidad del texto, - efectuando una depuración que le dejó reducido a lo siguiente: Si quis duos heredes instituerit, et ab eis petierit, sive uterque sive alter heres esset, ut hereditas sua restitueretur alicui, et scripserit suspectam sibi hereditatem dicenti: consensit alterum coram adi- re hereditatem et fideicommissario eam restituere.

En nuestra opinión no hay motivo para una depuración tan drástica. Es más, Beseler suprimió en esta ocasión la posibilidad de que pudie- ran ser constreñidos en este caso los coherederos, cuando sabemos que habiendo varios herederos pueden ser todos compelidos a la adición y a la restitución. Independientemente de la existencia de algún retoque, creemos que substancialmente el texto es clásico, y que lo dicho en él sería una de las disposiciones que contemplaba el SC. Pegasiano.

En el § 10, Ulpiano trataba las cuestiones que suscitaba la existencia de dos o más fideicomisarios, presentes y ausentes, deseando unos que se conacione, y otros que no, al fiduciario para que adir y restituya la herencia. Dice así: Si servo duorum rogatus quis sit - restituere hereditatem ei alter coram velit suspectam dicentem, al- ter restituere sibi rogetur, hoc erit dicendum, quod in duobus, quo- rum alter suscipere voluit hereditatem, alter non.

En este supuesto en el que el esclavo fideicomisario pertenece a dos dueños, Ulpiano va a una equiparación con otro que ya había analiza- do con anterioridad ( concretamente el 4) y la solución que propone

(377) Textkritische Studien, en SZ 53 (1933) pag. 38.

es la misma, es decir, que la herencia entera pasa al dueño que quiere que se le devuelva y restituya, quedando exonerado de toda responsabilidad el fideicomisario que se niega. Los supuestos son ciertamente similares pues, si como es sabido, los esclavos adquieren para sus dueños, en este caso, al tener el esclavo beneficiario del fideicomiso dos dueños, es como si nos encontráramos ante dos fideicomisarios.

A pesar de las sospechas manifestadas por Beseler, creemos que puede considerarse el texto substancialmente clásico. (378) Bartosch (379) lo consideró genuino, y se remitió a Juliano 52 Dig., D. 45.3. 1, 4, en el que se trata del esclavo en copropiedad, en el sentido de que representa a sus dueños y adquiere para ellos.

En el § 11 (Si pater filio, quem in potestate habet, rogatur restituere hereditatem, an filius patrem suum, si suspectum dicat hereditatem, cogere possit? et non est dubium patrem a filio per praetorem coram posse), se ruega a un padre que restituya la herencia a un hijo que tiene en potestad. La cuestión planteada es si podrá el hijo (fideicomisario) obligar a su padre, si este declara la herencia sospechosa, a admitirla y restituirla. A esta cuestión se responde en el texto afirmativamente. El hijo podrá hacerlo por mediación del pretor. Vamos a ver el § 12, en el que se trata también de la posibilidad del hijo fideicomisario de obligar al pater instituido heredero que declara sospechosa la herencia (Sed et si id fideicommissum ad castrense peculium spectaturum est et filius familias is fuit, qui munus militiae sustinebat aliove quo officio praeserat, multo magis dicendum erit posse eum postulare, ut pater suus cogatur adire et restituere hereditatem, quamvis contra obsequium patri debitum videatur id desideraturus), aunque aquí se precisa la existencia en el hijo de un peculio castrense.

Los dos textos, en nuestra opinión, deben considerarse alterados. Y en esta alteración están de acuerdo la mayoría de los romanistas -

(378) Vid. nota anterior.

(379) Il SC Trebelliano, cit., pag. 329.

que han fijado su atención sobre los mismos <sup>(380)</sup>. En cuanto al 11 estamos con Voci en que si el padre era el heredero gravado en favor del hijo, era el derecho justinianeo el que concedía al hijo la posibilidad de instar la aceptación coaccionada del padre, pero que estas normas, coherentes con el regimen patrimonial justinianeo de la familia no pueden ser atribuidas al derecho clásico, en donde, decimos nosotros, la estructura familiar era mucho más rígida. Y estamos también de acuerdo con Voci cuando, frente a Solazzi, sostiene la interpolación del texto no porque presuponga un fideicomiso de emancipación, sino porque en él se presupone la regla general justinianeas por la cual el hijo es capaz de adquirir por sí.

Del § nos llamó inmediatamente la atención el periodo aliove — praegerat, y nos hizo pensar en una interpolación para dar entrada al peculio cuasicastrense, que como ya hemos tenido ocasión de comprobar, es una creación postclásica, y, por lo tanto, de imposible mención en un texto clásico. Y estamos de acuerdo con Franca la Rosa cuando sostiene frente a Kubler, que proponía corregir este periodo por officio praeditus erat, en que no debe ser corregido, sino suprimido, también tiene marcado sabor compilatorio el periodo final quamvis — desideraturus.

El § 15, dice: Hi qui. solidum capere non possunt. ex asse heredes instituti et rogati restituere solidum. adire hereditate et restituere cogentur. cum nihil oneris quod eos remansurum.

La idea de Ulpiano es aquí clara. Se puede encomendar la restitución a una persona incapaz de adquirir toda la herencia. La disposición que esto se le encomienda es válida, y puede ser construido a adir y restituir, ya que esta función de intermediario cum nihil oneris, puede realizarla. <sup>(381)</sup>.

<sup>(380)</sup> Vid. entre otros, Solazzi, Sulla condicio emancipationis, cit. en AG 36 (1921) pags. 194 y ss. y 207 in fine. Kubler, Emendationen des Pandektentextes, en SZ 11 (1890) pag. 51. Voci, Diritto ereditario cit., II, pags. 358 y 626, nota (28). Franca la Rosa, I peculii speciali, cit., pag. 136, nota (26).

<sup>(381)</sup> Cfr. Voci, Diritto ereditario cit., II, 2, pag. 354, y Biondi Successione testamentaria... cit. pag. 206.



El contenido del texto nos parece substancialmente clásico. La única duda que ha presentado a algunos romanistas está en el periodo final. Para Bartoszek (382), desde cum hasta el final, es una glosa marginal, y propuso la sustitución de oneris por eos, pero como quiera que fuera, la idea clásica queda clara. El incapaz solo acepta para restituir y no obtiene ni beneficio ni perjuicio por su actuación.

Para los §§ 16 y 17 procede una consideración conjunta. En el 16 (Si ego heres institutus et rogatus sim Stichum manumittere vel alius legatarius, fidei autem meae commissum sit, ut Titio hereditatem restituat, deinde Titii fidei commissit, ut Stichus eandem redderet: Stichus cogere me possit adire et restituere hereditatem) se dice que si siendo yo instituido heredero se me ruega manumitir a Estico o se ruega que lo haga otro que es legatario, y se me grava con el fideicomiso de restituir la herencia a Ticio, y luego a Ticio que restituya la misma herencia a Estico, puede éste obligarme a adir y restituir la herencia. Pero en el § 17 los problemas tratados son similares: Talis quoque casus a Divo Pio terminatus est: nam servo uni ex heredibus legato per fideicommissum erat ab eo libertas data et ab altero hereditas, divus etenim Pius rescripsit Cassio Dextro in haec verba: "Hermias si Mosco Theodoto ex parte heredi instituto a Pamphilo testatore legatus est cumque Theodotus, postquam adierit hereditatem, prius quam a coherede eiusdem Pamphili adiretur hereditas, ad iustam libertatem perduxit et ob hoc in eum casum res perducta est, ut is qui legavit intestatus esse non possit. Hermias postulante mihi id Euerestum compellendus est periculo eius adire et ex causa fideicommissi hereditatem restituere". El texto, como se ve, comienza con una invocación a una disposición de Antonino Pio, y a continuación plantea el caso del testador que lega un esclavo a uno de los herederos y le manda que le manumita, y rogando a otro heredero que restituya la herencia al esclavo manumitido. En el rescripto de Antonino Pio se detallaban los extremos del caso real y se daba la solución.

(382) Il SC Trebelliano, cit. pag. 329.

Ya vimos cuando analizamos el § 13 (vid. supra pags. 537 y ss.) co-  
mo el esclavo no podía constreñir a su dueño para que adiera una he-  
rencia en cuyo testamento el causante rogaba que manumitiera al esclavo o le restituyera la misma. Aquí sí que se concede al esclavo la -  
posibilidad de pedir el decreto de compulsio, pero el supuesto de he-  
cho es diferente, ya que el causante encomienda la manumisión y la -  
restitución a diferentes personas. En el caso del rescripto de Anto-  
nino Pio, el esclavo, cuando solicita el decreto de compulsio, ya ha  
alcanzado la libertad. Concurren también manumisión y fideicomiso de  
herencia, pero con unas circunstancias que hacen que la solución sea  
diferente.

Fabor dudó de la genuinidad de ciertas partes de estos textos -  
(383). No descartamos que hayan podido sufrir ciertas manipulaciones,  
pero la posibilidad que se concede al esclavo manumitido de instar -  
el decreto de compulsio, creemos debe ser considerada clásica.

El fragmento que Lenel situó en último lugar en su reconstrucción  
del libro IV de la monografía de Ulpiano fue D. 1.4.2: In rebus novis  
constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure -  
quod diu aequum visum est.

Creemos que es una retórica y bella frase para comenzar o finali-  
zar una exposición en la que, evidentemente, se introducen modifica-  
ciones al derecho que hasta el momento regia. Y su contenido es, en  
nuestra opinión, una manifestación más del sentido práctico de los -  
juristas romanos. No se dice que deba derogarse el derecho antiguo -  
sino apartarse de él, lo que, como sabemos, es una sutil forma de  
proceder típicamente romana. Donatuti (384) sospechó de su genuini-  
dad por la presencia del evidens sin concordar con ningún sustantivo  
afirmando además que esta máxima de legitimación difícilmente se po-  
dría encontrar en un libro que tratara sobre los fideicomisos.

(383) Vid. Index

(384) Studi sul procurator, en AG 89 (1923) nota (3) pag. 214.

Hemos afirmado desde el principio que la frase nos parece retórica, pero lo que no podemos admitir es su descalificación total porque aparezca en una monografía sobre los fideicomisos. Estos, como hemos venido apreciando a lo largo de nuestra exposición, fueron terreno propicio para introducir novedades y modificaciones al derecho hasta el momento vigente. Por ello no puede extrañar que Ulpiano, o cualquiera de los otros juristas que estudiaran monográficamente este instituto, hiciera una afirmación de este carácter. En base a ello, no solo consideramos el contenido de la afirmación substancialmente clásico, sino que también, y frente a la opinión de Donatuti, creemos que es correcta y adecuada su ubicación en una monografía sobre fideicomisos.

Lenel finalizó aquí la reconstrucción de los libros que Ulpiano dedicó a las herencias fideicomisarias. Hemos visto como los restos conservados se dirigen fundamentalmente a exponer y aclarar el contenido y los problemas que suscitaron la aplicación de los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano. Observamos con que atención pasó revista Ulpiano a las personas que podían solicitar al pretor que coaccionara al fiduciario a adir y restituir la herencia: las personas a las que se podía encomendar un fideicomiso de herencia, etc. Esta meticulosidad fue aprovechada, en ocasiones, por los compiladores para ampliar el marco de aplicación de estos senadoconsultos a situaciones que el jurista clásico no contempló.

También es de destacar las continuas referencias que hace Ulpiano de las obras de otros juristas, principalmente de los autores de otras monografías sobre la materia, como Meciano y Pomponio, aunque tampoco faltan menciones a otros como Juliano (en gran número), lo que nos indica el conocimiento que tenía de ellas, y la labor de selección y resumen que realizó con su trabajo. Por ello no es de extrañar la coincidencia con los demás juristas en muchos de los temas tratados, deducción correcta de la cuarta ex Pegasiano, traspaso de las acciones del heredero fiduciario al fideicomisario, etc.

Presente están también en sus textos las tendencias al cumplimiento de la voluntad del causante venciendo los obstáculos que a ello -

se opusieran, y la de proteger, en la medida de lo posible los intereses del fiduciario, que ya habíamos apreciado en las otras monografías.

Como final, recordemos la afirmación que cierra el libro IV, que consideramos substancialmente clásica, y que puede servir de modelo a la labor que los juristas realizaron al enfrentarse con los problemas que en la práctica planteó el instituto del fideicomiso: In rebus novis constituen-dis evidens esse utilitas debet, ut recodatur ab eo iure, quod diu secum visum est.

VI.5. 25 Los fideicomisos tácitos.

Dijimos en su momento (vid. supra pag. 84 ) que sobre el tema de los fideicomisos tácitos nos han llegado restos de dos monografías - especializadas, de las cuales son autores los juristas Gayo y Ulpiano. De la importancia que debió adquirir en la práctica esta modalidad de fideicomisos ya hemos tenido ocasión de ocuparnos, así como - de la preocupación que mostró el poder público por controlarlos. Pero no parece oportuno omitir una referencia a los restos de estas - dos monografías, que, por otra parte, son muy escasos. <sup>(1)</sup> ).

De de tacitis fideicommissis, liber singularis, de Gayo <sup>(2)</sup> ), se lo se ha conservado un fragmento, D. 34.9.23: Si quilibet heres ex cuiuscumque testamento tacite rogatus fuerit, ut quadrantes, quos - legis Falcidia beneficio retinuit, non capienti restituat, secus - locus erit senatus consulto: necne enim multum intererit inter tale fideicommissum et cum cuius id, quod ad se ex hereditate pervenerit, restituere rogatus sit.

¿Cuál es el senadoconsulto a que se hace referencia en el texto? - Creemos que debe ser el SC. Flavianiano del que ya hemos hablado, que disponía que si el heredero fiduciario, para defraudar la ley, restituía el tacitum fideicommissum a un fideicomisario non capiens, perdía, entre otras cosas, el derecho a la cuarta parte del fideicomiso o del legado. Si admitimos que este es el senadoconsulto, vemos que Gayo nos expone aquí uno de los supuestos en los que era de aplicación.

(1) Hemos visto que los otros juristas autores de monografías trataban también en ellas de los fideicomisos tácitos. Los restos que nos han llegado han sido escasos, pero nos dan una idea de que el tema no era desconocido, y que preocupaba. Así, de Valente, analizamos un fragmento de su libro V (D. 49.14, de in re fisci, 42), y de Ulpiano, en su libro VI (D. 49.14.43) en el que hablaba de las acciones que competían al fisco a causa de un fideicomiso tácito.

(2) Sobre el cual, Schulz, en History..., cit., pag. 252-257, no muestra dudas en cuanto a su claridad.

No dudamos de la claridad del texto, pero como tantas otras veces tenemos que lamentar su deterioramiento, lo que no debe extrañarnos si tenemos en cuenta que de esta monografía solo se ha conservado un fragmento. Suponemos que el jurista examinaría en ella el fenómeno del fideicomiso tácito y todas las disposiciones legales con sus correspondientes interpretaciones jurisprudenciales. ( <sup>3</sup> ) En este texto queremos ver una referencia a una de estas disposiciones legales, el SC. Planciano, pero fruto de esta mutilación a que nos referimos, no podemos conocer el desarrollo del planteamiento de Gayo sobre esta disposición.

Dos fragmentos nos han llegado de de tacitis fideicommissis. liber singularis, de Paulo ( <sup>4</sup> ), uno situado por los compiladores en el título 14, de iura fisci, de D. 49, y el otro en el título 16, de verborum significatione, de D. 50.

El primero de ellos, D. 49.14.49 (Qui tacitus fideicommissum in cuius datum erat censere se nihil posse detulisset. in quaestione venit deducendi ad totius aequae partes dividenda ex beneficio divi Traiani recipere debeat. de qua re existat rescriptum imperatoris Antonini in haec verba "Imperator Antoninus Iulio Rufo. Qui tacitus fidem accomodavit. ut non cunctis restitueret hereditatem. si deducta parte quarta restituit. nihil retinere debet. quadrans autem qui heredi imponitur insinu eripiatur et ad fiscum transferatur", unde deducenda aequas partes solum capit qui se detulit), afronta la cuestión del fideicomiso tácito que se denuncia a sí mismo por no reunir los requisitos legales para adquirirlo, y se pregunta si por el bene-

( <sup>3</sup> ) Fuera de esta monografía Gayo también escribió sobre los fideicomisos tácitos. Vid., p.e., su libro 15 ad leg. Iul. et Papiam, D. 34.9.10.

( <sup>4</sup> ) Schulz, en su History consideró los libri singulares sobre todo los de Paulo, ediciones separadas, clásicas o postclásicas o resúmenes postclásicos de obras más extensas. En nuestra opinión, éste de Paulo puede ser una edición separada de su monografía, pero creemos que en todo caso, debe considerarse clásica.

( <sup>5</sup> ) Vid. lo relativo a esta disposición en págs. 87 y ss.

ficio de Trajano ( 5 ) debía obtener la mitad de las tres cuartas partes de la herencia o la mitad de la herencia entera. Acerca de estos problemas se dió un rescripto por Antonino Pio ( 6 ) cuyos términos reproduce Paulo en el texto: el que aceptó cumplir el fideicomiso tácito de restituir la herencia a favor de quien no reunía los requisitos legales para adquirirla, y lo hizo deduciendo la cuarta, nada debe retener de esa herencia, de modo que se debe quitar al heredero la cuarta parte que (la ley Falcidia o el SC. Pegasiano) le concede, para dársela al heredero. Como consecuencia de este rescripto el fideicomisario que se denunció a sí mismo, solo adquiere la mitad de las otras tres cuartas partes, pues la otra cuarta parte, deducida, pasa íntegra al fisco.

Nos da noticias aquí Paulo de otra de las disposiciones dirigidas a perseguir la práctica de los fideicomisos tácitos: este rescripto de Antonino Pio, que serviría de complemento a las medidas establecidas por el SC. Planciano.

Creemos que el texto puede considerarse substancialmente clásico. Lenel ( 7 ) pensó que el período si deducta parte quarta restituit era producto de la glosa. Sin él, no pierde sentido la descripción del rescripto que afectus Paulo, y en cierto modo es superfluo, por lo que no contradice la genuinidad material del pasaje.

Con D. 50.16.229 ("Transacta finitave" intellegere debemus non - sed quibus controversia fuit, sed etiam sine controversia sint resse - ssa ) volvemos a encontrarnos con el problema del corrompimiento o excesiva mutilación de un texto. En este caso es debido al lugar en el que le situaron los compiladores. Trataban en este título del significado de las palabras, y extrajeron, de su contexto este párrafo en el que se pretendía precisar el sentido de los términos transacta finitave. A continuación los compiladores siguieron su exposición con otro párrafo, también de Paulo, en este caso perteneciente a su monografía sobre el SC. Orfitino.

( 6 ) En Antonino Pio y no Antonino Caracalla, como se deduce de D.35. 2.59.1.

Lenel conjeturó que quizás fueran palabras del SC. Planciano ( 8 ) al confrontar el texto con D. 35.2.59 (ya visto por nosotros) y con D. 38.17.1, in fine, en el cual Ulpiano (12 ad Sab.), hablando del SC. Tertuliano, expone también una explicación del sentido de las palabras iudicata, transacta y finita ( 9 ). Debemos admitir que con-  
 con-jetura es aceptable. Posiblemente sean palabras del SC. Plancia-  
 no, que como el Tertuliano, se preocupaba de aclarar los conceptos -  
 que en los mismos se expresarían. Pero debido a este cercenamiento  
 no podemos hacer la afirmación con toda seguridad.

Y a esto se reducen los exigüos restos de las monografías sobre -  
 tácitos fideicomisos. Los demás datos que sobre ellos tenemos nos -  
 han llegado, como dijimos, de noticias contenidas en otro tipo de -  
 obras, noticias que no contradicen las obtenidas de estos restos pro-  
 cedentes de las monografías que específicamente trataban sobre el -  
 tema.

(7 ) Pal. I, nota (2), col. 1300

(8 ) Pal. I, nota (3), col. 1300

(9 ) D. 38.17.1.12: Quod ait senatus: "quae iudicata, transacta, fi-  
 nitave sunt, rata maneat", ita intelligendum est, ut "iudicata"  
 accipere debeamus ab eo cui iudicandi ius fuit, "transacta" -  
 scilicet bona fide, ut valeat transactio "finita vel consensu  
 vel longo silentio sopita.



II.6.26. De Iurisdictione Fideicommissaria.

Abordamos ahora los textos que se han conservado del libro VI de Ulpiano que en la Palimpsesta leoneliense aparece intitulado de iurisdictione fideicommissaria. Ya la rúbrica propuesta adelanta cual van a ser los temas que aquí trató Ulpiano.

En primer lugar situó Leonel D. 1.9, de senatoribus: Feminae nuptae clarissimis personis clarissimarum personarum appellatione continentur. clarissimae enim feminarum nomine senatorum filiae. nisi quae viros clarissimos sortitae sunt. non habentur. feminis enim dignitatem clarissimam nupti tribuunt. parentes vero. donec plebei nuptiae fuerint copulatae: tunc et igitur clarissima femina erit. quamdiu senatori nupta est vel clarissimo aut separata ab eo alii inferioris dignitatis non nupsit.

Dejando aparte otro tipo de consideraciones a que el texto puede dar lugar (como, p.e., la condición de la mujer casada en Roma según el matrimonio sea cum manu o sine manu a la hora de la participación en la dignitas del marido ( 1 )) nos preguntamos el por qué de un texto de estas características en una monografía sobre los fideicomisos. Y la respuesta a esta cuestión, en nuestra opinión convincente, la proporciona Leonel ( 2 ) cuando dice: clarissimas personas non praetoris fideicommissarii sed consulis iurisdictioni videntur subiectae fuisse. Con esta indicación adquiere sentido el texto y su procedencia de una monografía sobre fideicomisos. Si Ulpiano trataba de determinar que personas estaban sometidas a la jurisdicción del pretor fideicomisario y cuáles a las del cónsul, es lógico que efectuara distinciones como las que aparecen en el texto, pues no olvidemos que incluso tras la creación de este magistrado especial que fue el praetor fideicommissarius, los cónsules siguieron conociendo en ca-

( 1 ) Cfr. Albertario, la definizione del matrimonio secondo l'ordinamento, en Studi, I, pag. 186, nota (7).

( 2 ) Pal. II, nota (2) col. 924.

ses especiales como podrían ser aquellos en que intervinieran personas de alta condición social ( 3 ). En el Digesto este pasaje aparece fuera de su contexto, por lo que el texto se nos presenta cercenado. Puede admitirse la corrección que señaló Lenel ( 4 ) que consideró producto de la glosa vel (viro) clarissimo. Por lo demás, podemos considerar el texto substancialmente clásico, y su procedencia adecuada.

El fragmento que aparece a continuación, lo presentó Lenel dividido en dos partes. Los compiladores le ubicaron en el título 1º, de iurisdictione, de D. 2, y el fragmento es el 19.

En el principium (Qua quendam puella apud competentem iudicem litem suscepit, deinde condemnata erat, posteaque ad viri matrimonium alii iurisdictioni subiecti pervenerat, quaerebatur, an prioris iudicis sententia exsequi possit, dixit posse, quia ante fuerat sententia dicta; sed et si post suspectam cognitionem ante sententiam hoc eveniet, idem putarem, sententiaque a priore iudice recte fertur quod generaliter et in omnibus huiusmodi casibus observandum est), se afronta el caso de cierta joven que había aceptado el litigio (litem suscepit) ante el juez competente y que había sido condenada. Posteriormente contrajo matrimonio con varón sometido a otra jurisdicción. Ante la pregunta de si en este caso podía ser ejecutada la sentencia del juez anterior, la respuesta es afirmativa en razón a que la sentencia había sido dictada antes, e incluso en el supuesto de que hubiera contraído matrimonio después de empezado el juicio y antes de la sentencia ( 5 ).

( 3 ) Vid. Kaser, Das römische Zivilprozessrecht, München 1966, p. 355

( 4 ) Pal. II, nota (3) col., 924.

( 5 ) Impallomeni, Le manomissioni, cit. pag. 67 y ss., examinando el procedimiento seguido extraordinaria cognitio para la libertad fideicomisaria, dice que, paralelamente, también en el procedimiento seguido para hacer valer un fideicomiso pecuniario se dan las mismas fases que había expuesto, es decir, la  petitio fideicommissi  podía ser admitida o no admitida. Si se admitía, se efectuaba la llamada a la causa al demandado que como dice nuestro texto suascepit litem.

Nos llaman la atención en el análisis de este texto dos cuestiones: su asepsia, y su generalización final (quod generaliter ... observandum est).

Quando decimos asepsia, nos referimos a que en ningún momento se deja ver en él un motivo por el que pueda proceder de una monografía sobre los fideicomisos. Ante este problema Lenel propuso una serie de correcciones que admitimos plenamente, y que son las siguientes: el competens iudex, debe ser sustituido por praetorem fideicommissarium; illi iurisdictionis por consulis iurisdictionis, en el sentido que ya vimos en el texto anterior de que las personas excelentísimas (con una de las cuales debió contraer matrimonio la joven de nuestro texto) estaban sometidas a la jurisdicción del cónsul y no a la del pretor fideicomisario; an prioris iudicia, por praetoria; sententiae a priore iudice por sententiae a praetore (6). Con ellas, como se ve, el origen del texto cobra sentido.

La generalización final creemos que es producto de una intervención compilatoria (7), que después de eliminar toda referencia al supuesto concreto a que se refería el texto, lo amplía para regular todos los casos similares que se presenten.

En el § 1º, siguiendo con el examen de la jurisdicción competente decía Ulpiano: Quotiens de quantitate ad iurisdictionem pertinentia quaeritur, semper quantum petitur quaerendum est, non quantum debeatur. Para determinar la jurisdicción competente ha de atenderse a la cuantía de la petición y no de la deuda. Del tema de la jurisdicción competente ya hemos hablado (vid. pag. y ss.) y recogido los criterios por los que se determinaba la competencia de los pretores y de los cónsules. El texto que nos ocupa es una confirmación más de lo que habíamos ya señalado en el sentido de que la competen-

(6) Vid. Pal., II, notas (4), (5), (6) y (7), col. 924.

(7) Así lo señalaron Gradenwitz, Interpolationen, cit., pag. 232 y Lenel, Pal., II, nota (3) col. 924.

cia venía determinada por la cuantía del asunto, siendo concluyente la noticia proporcionada por Quintiliano en Inst. Oratores, 3, 6, - 7 : non debet apud praetorem petere fideicommissum, sed apud consulem maior enim praetoriae cognitionis auctoritas est. Manteníamos allí, de acuerdo con Lemerrier, que esta jurisdicción de los cónsules desapareció por falta de uso. El hecho de que Ulpiano se refiera a ella, - aunque sea veladamente, no quiere decir que fuera muy utilizada, pero sí que todavía se tenía en cuenta.

El contenido del texto, por lo demás, nos parece substancialmente clásico.

D. 5.1., de iudiciis ubi quicquid agere vel conveniri debent, 50,- es el fragmento que Lenel situó a continuación, y también la rúbrica del título es indicativa de la materia que Ulpiano trataba en el mismo. En el principium (Si fideicommissum ab aliquo petatur isque dicat alibi esse maiorem partem hereditatis, non erit ad praestationem compellendus et ita multis constitutionibus cavetur, ut ibi petatur fideicommissum, ubi maior pars hereditas est: nisi si probetur eo loco voluisse testatorem fideicommissum praestari, ubi petitur) se sostiene que si se reclama a alguien (un heredero fiduciario) un fideicomiso, y dice que la mayor parte de la herencia se halla en otro lugar, no ha de ser compelido a efectuar la entrega. Y así estaba dispuesto en muchas constituciones con el fin de que se pidiera el fideicomiso donde se encontraba situada la mayor parte de la herencia a no ser que se probara que el testador quiso que el fideicomiso se entregara en el lugar en el que se pide.

Las constituciones imperiales que se citan, parece que establecían reglas particulares en orden a la competencia en el campo de los fideicomisos. Se concede al heredero fiduciario el que la cosa objeto del fideicomiso le sea reclamada en el lugar en donde se encuentra la mayor parte de la herencia. Pero el régimen establecido no resulta muy claro en las fuentes, a pesar de las noticias que entre otros nos proporciona este texto ( <sup>8</sup> ).

( <sup>8</sup> ) Voci, Diritto ereditario, cit. II, 2 Nota (5) pag. 395, expresa tb. esta insuficiencia.

El texto también contiene una cláusula de reserva de voluntad - diferente, en el sentido de que el fideicomiso se cumplirá en el lugar en donde se encuentre la mayor parte de la herencia, si no resulta una voluntad diferente del causante por la cual el cumplimiento - deba realizarse en el lugar donde él lo pide. ( <sup>9</sup> ). Es lo que aparece en el periodo final nisi probetur... ubi petitur, y aunque muchas de estas reservas de voluntad suelen ser de factura compilatoria, creemos que en este caso estamos en una de origen clásico. Voci expuso dos criterios para establecer cuando estas reservas de voluntad eran producto de la intervención compilatoria, uno de carácter interno, en virtud del cual se considera que el jurista resolviendo el caso concreto, no podía haber dado esa respuesta, y otro de carácter externo, por el cual se deduce la interpolación por el hecho de que la reserva de voluntad diferente no introduce en el texto incorrectamente, porque no concuerda gramaticalmente, o porque es superflua. ( <sup>10</sup> ).

No creemos que aquí puedan ser de aplicación ninguno de estos - dos criterios, en primer lugar, porque las declaraciones dirigidas a un mejor cumplimiento de la voluntad del causante, como hemos tenido ocasión de comprobar repetidas veces, se pueden considerar clásicas en esta materia de fideicomiso. En cuanto al argumento gramatical, es cierto que se introduce en el texto por medio de nisi que a veces es indicativo de intervención compilatoria, pero esto ocurre en todas las ocasiones. Además, el alcance de esta reserva nos lo explicó Ulpiano en D. 5.52, 1 y 2, que tendremos ocasión de examinar en su guía.

§ 1 (Tractatum est de aere alieno si in ea provincia, ubi fideicommissum petitur, plus esset aeris alieni, an quasi maior pars alibi esset, praescriptio locum haberet, sed et hic placuit nihil de aere aeris alieni ponere, cum non loci sit aes alienum, sed universae facultati: nec enim alienum patrimonium totum imminuere consti-

( <sup>9</sup> ) Cfr. Voci, Diritto creditario, cit., II, 2, pag. 940.

( <sup>10</sup> ) Diritto creditario, cit. II, 2, pag. 969.

tit. non certi loci facultates, quid tamen si forte certis oneribus destinatum sit id patrimonium, ut puta alimentis praestandis quas - Romae praestari pater familias iusserat, vel tributis vel quibusdam aliis inexcusabilibus oneribus, an possit praescriptio locum habere? hic puta iustius dici locum habere) se refiere a las deudas (suponemos que a las que tiene la herencia) y plantea la cuestión de si tendrá lugar la excepción como si la mayor parte de la herencia se hallara en otro lugar, por ser mayor la cuantía de las deudas allí donde se reclama el fideicomiso. Y en este caso también se consideró procedente que no tenga transcendencia la alegación de las deudas, ya que no son de un lugar determinado, sino de la totalidad de los bienes, pues es sabido que las deudas disminuyen a todo el patrimonio y no afectan solo a los bienes de un cierto lugar.

Esta cuestión está en conexión con lo dicho en el anterior. Si donde se reclama el fideicomiso es el lugar donde es mayor la cuantía de las deudas, pero la mayor parte de la herencia está en otro lugar no valdrá esta alegación de las deudas, y no podrá compelerse al fideuciario a efectuar la entrega allí, pues se considera que las deudas afectan a todo el patrimonio y no solo a los bienes de un cierto lugar.

A pesar de todo, se estima que si procede la excepción, si el patrimonio hubiera sido destinado a atender ciertas cargas que se consideran ineludibles, como el pago de alimentos que el padre había mandado que se pagaran en Roma, o al pago de los tributos.

Encontramos ya la primera excepción a la regla establecida de que el heredero tiene la facultad de entregar la cosa en el lugar donde se encuentra la mayor parte de la herencia, y es en el supuesto de que el patrimonio se destine a atender ciertas cargas que se consideran ineludibles.

En el § 2, encontramos otra excepción: Sed et rescriptum est, ut illic fideicommissum petatur, ubi domicilium heres habet, quotiens autem coepit quis fideicommissum solvere, non potest hac praescriptione uti (11), establecida por un rescripto, consistente en que el

cumplimiento del fideicomiso debía solicitarse allí donde el heredero tuviera su domicilio. Si consideramos esta medida dentro de la tendencia dirigida a que el cumplimiento del fideicomiso fuera lo menos gravoso para la persona del fiduciario, no nos extraña su aparición.

Pero el texto sigue diciendo que siempre que se consensara a pagar el fideicomiso, no se podía usar ya esta excepción, quedando aquí interrumpido el texto de Ulpiano para continuar en D. 5.1.51, con un texto de Marciano <sup>II</sup> Inst., en el que se dice, "aunque la herencia hubiera sido destinada a quien tiene su domicilio en una provincia..."

Nos encontramos de nuevo ante un texto mutilado, lo que nos impide apreciar a dónde quería llegar Ulpiano en su exposición. Por lo dicho hasta el momento de la interrupción compilatoria, hablaba de otra excepción, como hemos indicado, a la regla de que el fiduciario debe entregar la cosa objeto del fideicomiso en el lugar donde se encuentra la mayor parte de la herencia. Si vimos que esta fue establecida por muchas constituciones imperiales (D. 5.1.50, pr.), también por disposiciones imperiales se establecieron excepciones: como ésta, por la que el fiduciario podía cumplir el fideicomiso en el lugar de su domicilio.

D. 5.1.52, pr., que tiene en la Palingenesia presentó conjuntamente con el anterior, dice: sed et si suscepit actionem fideicommissi et alia defensionibus usus hunc omisit, postea quavis ante sententiam, reverti ad hunc defensionem non potest, lo que se traduce en que si el heredero aceptó como demandado la acción del fideicomiso, y utilizando otras defensas, omitió ésta (debe referirse en nuestra opinión, a la contenida en D. 5.1.50,2, es decir, que se le pida el cumplimiento del fideicomiso en el lugar de su domicilio) no puede acudir a ella después, aunque sea antes de la sentencia.

(<sup>II</sup>) Hay que hacer notar que en la edición del Digesto de Mommsen - Krueger el referido quotiens — uti, aparece como independien- te (§ 50). En la edición prior de Mommsen y en la Palingenesia de Tenet aparece como aquí lo reproducimos.

Completa, en cierto modo, lo que Ulpiano proponía en el § 2 de D. 5.1. 50. El fiduciario puede hacer que se le pida el cumplimiento del fideicomiso allí en donde tiene su domicilio, pero si ya había comenzado a pagar el fideicomiso no podía hacer uso de lo dispuesto en el rescripto y hacer que se le exigiera el cumplimiento en el lugar de su domicilio. Por lo tanto, la excepción que se le concedía en el rescripto debía plantearla en el momento procesal oportuno, y aunque todavía no se hubiera dado la sentencia, no podría valerse de la misma.

Los 1º y 2º (Si libertis quis tegeras frumentarias emi voluerit quavis maior pars hereditatis in provincia sit, tamen Romae debere fideicommissum solvi dicendum est, cum appareat id testatorem sensisse ex genere connotationis. (§§1) Sed et si proponas quibusdam clarissimis viris argenti vel auri pondo relicta et si sufficiens ad huiusmodi fideicommissum Romae patrimonium: licet maior pars totius patrimonii in provincia sit, dicat oportet Romae esse praestandum: nam cum verisimile est testatorem, qui honorem habitum voluit his quibus reliquit tam modica fideicommissa, in provincia praestari voluisse (§ 2)), explican el valor de la reserva de voluntad que vimos en el principium de D. 5. 1. 50. Se refieren a ciertos fideicomisos (comprar para sus libertos tegeras frumentarias -bonos de comestibles-, es decir, los títulos que permitían disfrutar de la distribución gratuita de generos alimenticios que tenían lugar en Roma (12); entregar pequeñas cantidades de oro y plata a virii clarissimi residentes en Roma, y la parte del patrimonio que se encuentra en Roma es suficiente para cumplirlos, etc.) que por una razonable interpretación de la voluntad del testador deben ser entregados ubi petuntur -pues, en palabras de Voci, no era verosímil que el testador que quería honrar a los virii clarissimi (senadores) con tan módicos fideicomisos hubiera querido que se pagaran en la provincia en la que se encontraba la mayor parte del patrimonio (13).

(12) Para mayor información sobre el legado de tegeras frumentarias vid. Voci, Diritto ereditario, cit., II, 2, pag. 337.

(13) Cfr. Voci, Diritto ereditario, cit., II, 2, pag. 940.



En nuestra opinión los dos textos son substancialmente clásicos.

En el § 3 (Si ea res quae per fideicommissum relictæ est eo loci sit, dicendum est non habere præscribi ei qui petit, quasi maior pars hereditatis alibi sit), encontramos otra excepción al principio de que el cumplimiento del fideicomiso debe pedirse donde se encuentra la mayor parte de la herencia. En el texto se afirma que si la cosa que se dejó por fideicomiso estuviera en el mismo lugar en el que se pide, no debe oponerse al que la pide la excepción de que la mayor parte de la herencia está en otro lugar.

Y en el § 4 (Sed si non fideicommissum petatur eo loci, sed fideicommisso satis, videndum est, an hæc præscriptio locum habeat: et non puto habere, quin immo, et si nihil sit eo loci, attamen iubendum satisfacere, quid enim veretur, cum, si satis non dederit, mittatur adversarius in possessionem fideicommissi servandi causa?), que tampoco tiene lugar la excepción (de que la mayor parte de la herencia se encuentra en otro lugar), cuando en aquél lugar no se pide el cumplimiento del fideicomiso, sino fianza al fiduciario por el fideicomiso. Y dice que aunque nada haya en aquel lugar, ha de mandarse que se preste la fianza, pues ¿qué puede temerse cuando en el caso de que no se hubiera dado fianza es puesto el adversario en posesión del fideicomiso a fin de garantizar su conservación?

Después de toda esta exposición de reglas y excepciones, debemos aceptar con Voci que el régimen establecido para determinar el lugar en el que se debía solicitar el cumplimiento del fideicomiso no resulta muy claro en los restos que nos han llegado.

D. 36.3, ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur, 6, es el fragmento que Lenel situó a continuación, presentándole así: Ut fideicommissorum servandorum causa caveatur et in possessionem eatur. Si quando incerta summa est fideicommissi, qui cognoscit taxationem quoque fideiussores petuntur (14). (pr.) Admonendi autem sumus rebus publicis remitti solere satisfactionem fideicommissorum etiam si quando necessitas dandi intercedat: repromissio plane exigenda est voluntati defuncti statu iri. (§ 1).

En el principium se aborda el problema de que la cuantía del fideicomiso sea incierta, y en estos casos se dice que el que conoce la causa (debe hacer) la tasación, (y así) puede reclamarse de los fideicomisarios.

El que conoce la causa no puede ser otro que el pretor fideicomisario (o el cónsul, en los casos que fueran de su competencia), que será quien determine concretamente la cuantía del fideicomiso.

En cuanto a fideiusorores, Lenel (15), en nuestra opinión acertadamente, señaló que en el texto de Ulpiano aparecería sponsores.

En el § 1º se habla también de garantías al afirmar que se ha de tener presente que en las cosas públicas se suele dispensar las garantías de los fideicomisos, aunque haya la necesidad de prestar fianza y es bastante la simple promesa de que se cumplirá la voluntad del comitente.

¿Qué se quiere decir con rebus publicis? si admitimos la versión de los modernos traductores castellanos del Digesto, ciudades, pues - traducen: "hemos de advertir que (en caso de herencia dejada) a las ciudades..., con lo que nos encontramos de nuevo con el problema de que los municipios carecen de capacidad para ser instituidos herederos, y por ende, en tiempos de Ulpiano, tampoco se les podría encomendar el cumplimiento de un fideicomiso. (Véase a este respecto lo que ya hemos dicho).

¿Se referirá acaso a cuando el fisco resulta heredero?

Creemos que el texto ha sufrido alteraciones, y de ahí su poca claridad. Ya hemos dicho que Mommsen señaló la posible ausencia de algunas palabras. Lenel (16) hizo notar, por su parte, que en el

(14) En la editio maior Mommsen señaló que después de taxationes - talía existerunt facit et ita eius.

(15) Pal., II, nota (1), col. 925

(16) Pal., II, nota (2) col. 925.

periodo etiam si — interdum, lectio videtur corrupta esse, por lo que es difícil apreciar cual era la intención de Ulpiano.

D. 42.4, quibus ex causis in possessionem entur, 15, es el fragmento que Lenel situó a continuación: Is, qui rem permutatam accepit, emptori similis est: item is, qui rem in solutum accepit vel qui licite aestimata retinuit vel ex causa stipulationis non ob liberalitatem est consecutus.

En principio nos parece que el fragmento ha tenido que ser mutilado, pues si procede de una monografía sobre los fideicomisos, de alguna manera, tendría que referirse a los mismos. Hay que tener en cuenta, como señaló Lenel<sup>(17)</sup>, la rúbrica bajo la que aparece en el Digesto, quibus ex causis in possessionem entur. Solazzi<sup>(18)</sup> — supuso que Ulpiano aquí trataba de la missio in possessionem legato- rum causas, y que en este fragmento se refería a la cuestión de si correspondía la missio contra los causa-habientes (sucesores a título singular) del heredero, y que probablemente, en un trozo no reproducido en el Digesto decidía el jurista que la missio no debía darse contra los compradores de cosas hereditarias.

Es una hipótesis aceptable más si tenemos en cuenta que en el fragmento que sigue en la Palingenesia leneliana (D. 44.6.2) se hace referencia también a la compra de cosas litigiosas (debemos suponer hereditarias). Por ello no es de extrañar que en éste, que nos ha llegado vacío de menciones hereditarias (legados, fideicomisos) se tratara de un tema similar.

En cuanto a la genuinidad del texto también para Solazzi, Ulpiano expresaba acertadamente un pensamiento como is, qui rem permutatam accepit, emptori similis est <sup>(19)</sup>, pues de hecho, entre la compra-

<sup>(17)</sup> Pal., II, nota (3) co. 925: ad missionem haec pertinere collegi potest ex rubrica sub qua compilatores hoc fr. collocaverunt

<sup>(18)</sup> L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano, Napoles - 1935, pag. 183.

venta y la permuta existían muchos puntos de semejanza. Pero no solo con la permuta, sino también con los otros negocios mostrados a continuación en el texto, si se exceptúa la litia aestimatio, la compraventa tenía aspectos comunes, puesto que todos eran negocios a título oneroso. Pero las dudas sobre la genuinidad surgen del hecho de que en el texto se ofrece una lista de negocios onerosos, lo cual, - si aceptamos lo dicho al principio, es superfluo, puesto que para determinar las personas sometidas a la missio no era necesaria la distinción de las causas onerosas de las lucrativas; ni tampoco todas las causas onerosas son parangonables con la de la compraventa.

Creemos que también acortó Solazzi al señalar que no podía ser clásica la mención de la causa stimulationis non ob liberalitatem, - ya que la estipulación era un contrato abstracto que generaba siempre los mismos efectos ya se hubiera celebrado con el fin de donar o se celebrara con el fin de revestir con la forma de la estipulación la obligación de un comprador o de un vendedor.

Suscribimos, como venimos diciendo esta opinión de Solazzi y por ello admitimos que si no está alterado todo el periodo item in — consequente. (20) podrían haber sido añadidos los casos de la datio in solutum y de la stimulatio non ob liberalitatem, aunque tampoco podemos descartar que para los negocios referidos se estuviera enfocando solamente el caso de aquellas personas entre las cuales - como ocurre entre los conyuges - no puede mediar donación, habiéndose perdido en este supuesto las palabras que hacían referencia a esta limitación.

- 
- (19) Beseler, en Textkritische Studien, cit., SZ 53 (1933) pag. 41, cuestionó el uso de similia sospecha que no admite Solazzi, para quien Ulpiano expresaría su pensamiento de esa forma.
- (20) La interpolación de todo el periodo fue sostenida por Steiner Datio in solutum, pag. 69, que no hemos podido consultar. La noticia nos llega del Index Interp., y de Solazzi.

En D. 44.6, de litigiosis, 2, al que nos acabamos de referir, (Si servus cum emerit scit, ignoravit autem dominus, vel contra, videntum est, cuiuspotius spectanda sit scientia, et magis est, ut scientia inspicienda sit eius qui comparavit, non eius, qui admittitur, et ideo poena litigiosi composit, sic tamen, si non mandatu domini erit, nam si mandatu, utiam scit servus, dominus autem ignoravit, scientia non nocet, et ita Iulianus in re litigiosa scribit), se trata, como se ve, de un esclavo que ha comprado sabiendo que la cosa es litigiosa, (lo que se deduce de la rúbrica del título bajo el que el fragmento aparece en el Digesto) y el dueño no lo sabía o viceversa; y se pregunta cual de los dos hay que tener en cuenta si lo sabía. Y es mejor, se dice, tener en cuenta el conocimiento del comprador que el de la persona para quien se adquiere, y así corresponde la pena por comprar cosa litigiosa al esclavo, siempre que no haya sido por mandato de su dueño, pues si hay mandato, según había escrito Juliano a propósito de las cosas litigiosas (21), aunque sea el esclavo quien lo sepa y no lo sepa su dueño no perjudica que lo sepa.

El texto ha dado lugar a múltiples discusiones. Incluso Lenel dudó que Ulpiano se refiriera en él a las cosas litigiosas (22), por lo que sospechó y atribuyó a los compiladores el período et ideo composit. Albertario (23) abogó también por la interpolación, señalando como sospechoso el período sic tamen — non nocet. Solazzi (24) asimismo, consideró alterado el texto, y Solazzi le sometió a un profundo análisis, en el que, en cierto modo, reechó la postura mantenida por Lenel (25).

(21) No clasificó Lenel este fragmento entre aquellos en que Iulianus laudatur non indicato libro.

(22) Pal., II, nota (4) col. 926: Ulpianus enim hoc loco non de litigiosis egisse videtur ex extremis huius fr. verbis. Videntur haec quoque ad alienationem in fraudem missionis facturus pertinere.

(23) Procurator unius rei, en Studi III, pag. 512-513

(24) Scientia, dolus und error, cit. en SZ 35 (1912) pag. 42 y ss.

(25) Error e rappresentanza, en Scritti, I, pag. 285-288.

No queremos entrar en el fondo de la cuestión debatida, pues excede de nuestro objetivo. Pero afirmamos otra vez que el texto tenía - que estar de alguna manera relacionado con los fideicomisos. La cosa comprada por el esclavo ¿formaría parte de una herencia en litigio - en virtud de la reclamación de un fideicomiso? Podría ser. Pero debido a la mutilación que ha sufrido el texto es imposible precisar - su alcance.

En D. 40.5.37 (Si nunc data sit fideicommissa libertas et si servus rationes administrasse dicatur, divus Marcus rescripsit moram - libertati non esse faciendam, ex continenti tamen arbitrum dandum - esse, cui computationes essent, verba rescripti ita se habent: "Aequi - um videtur Trebbiano ex causa fideicommissi praestari libertatem, quam sine conditione reddendarum rationum datam esse constat, neque huic - um fuerit ob rei pecuniarias quaestiones libertati moram fieri, cum tamen rationum confectis arbitro a praetore erit dandum, quod - cum rationum cum administrasse cum apparuit, ex fide reddat", tan - tum igitur rationes reddere cogitur, sed ea et reliqua restituro de - beat, nihil additur, nec uto cogendum: nam de eo, quod in servitu - te ressit, post libertatem conveniri non potest, corpore plane ratio - num et si quas res vel pecunias ex his detinet cogendum est per prae - torem restituere: ita de singulis instruere), se hace referencia a un rescripto de Marco Aurelio según el cual, cuando un fideicomiso - de libertad se ha dado sin condición alguna no se debe retrasar la - manumisión porque se alegue que el esclavo había llevado las cuentas sino que debe nombrarse sin más por el pretor un árbitro que vea la contabilidad. Una vez expuesto el contenido del rescripto, se afirma que tan solo se debe obligar al esclavo a rendir cuentas, pues nada se dice acerca de si debe pagar también las deudas pendientes. Según Ulpiano no se debe obligar a pagar las deudas pendientes, pues no - puede ser demandado al ser manumitido por las deudas que resulten de lo que administró como esclavo, aunque el pretor debe obligarle a - que restituya los libros de cuentas y cualquier objeto o cantidad - que retenga de su anterior administración, y también a dar razón de cada cosa.

Independientemente de la genuinidad del pasaje, puesta en duda -- por varios romanistas ( ), a nuestro modo de ver justificadamente, nosotros sospechamos de la pertenencia de este texto al libro VI de la monografía de Ulpiano. Por su contenido, creemos, en principio, -- que su adecuada ubicación sería el libro V, en donde se trataban las libertades fideicomisarias. En cierta manera trata de problemas relativos a la jurisdicción fideicomisaria, pero no creemos que sean de la entidad suficiente para adscribirle dentro de este libro (al que se diga que el esclavo pueda o no ser demandado por las deudas pendientes, en todo caso, tiene poco que ver con los asuntos que, según parece examinaba Ulpiano en este libro.

Y esta misma sospecha nos produce la cita al libro VI de Ulpiano que aparece en una constitución de Justiniano, y que Lenel situó a -- continuación. C. 7.7.1.1°: ... Constitutio Severi et Antonini principum recepta est. ex qua generaliter necessitas imponatur sociis partem suam socio vendere, quatenus liberus servus imponatur, licet nihil lucri ex substantia socii porrectis alii socio accedat. prout videlicet arbitrio praetoris constituendo, secundum ea, quae et Ulpianus libro sexto et Paulus libro tertio fideicommissorum refert, ubi et hoc relatam est, quod Sextus Cassilius... definivit socium -- per praetorem compelli suam partem vendere, quatenus liber servus -- officietur.

Ya vimos esta constitución al tratar el libro III de Paulo (vid. -- pag. 392 ) pero así como su contenido concuerda con las materias que Paulo trataba en esto (la libertad fideicomisaria), no concuerda con lo que parece tratar Ulpiano en su libro VI, por lo que, o la referencia que aparece en la constitución de Justiniano es equivocada y en donde dice libro sexto fideicommissorum, debo de decir libro quinto, o ciertamente en el libro VI, antes de tratar los temas relacionados con la jurisdicción fideicomisaria, Ulpiano, a modo de -- apéndice de su libro quinto, siguió tratando problemas relativos a --

( ) Vid. entre otros Solazzi, L'origine storica della rescissione.. cit., en BIR 31 (1921) nota (1) pag. 77-78; Beseler, Constitutio Continuo, en SZ 51 (1931) pag. 193-194.

las libertades fideicomisarias. Como dato que también tiene que ser apreciado, diremos que gran parte de los textos que estudiaban las libertades fideicomisarias fueron situados por los compiladores en el título quinto del libro 40 del Digesto, como sucede con el texto anterior del que, como hemos dicho, también sospechamos de su ubicación.

En base a ésto, proponemos que se admita la posibilidad de que en el libro VI de Ulpiano, además de los problemas de jurisdicción, Ulpiano seguía abordando los relativos a las libertades fideicomisarias e incluir en este apartado, como restos conservados, D. 40.5.37, y - la referencia que se hace a Ulpiano en C. 7.7.1.1°.

En D. 32.20, se aborda el problema de una misma cosa dejada a una persona como fideicomiso, y a otra persona también como legado o fideicomiso, pero no para que se haga común de los dos, sino por onto-ro de cada uno de ellos (Si res mihi per fideicomissum relicta eadem tibi legata vel per fideicomissum relicta sit non communicandi an-imo. sed utriusque in solidum. habendum non est. si alteri sit soluta alterum nullum eundem ius in ipsam rem habere. sed actionem de pretio integram cum habere).

En este caso se dice que si fue dada a uno de los dos, el otro no tiene ningún derecho sobre ella, pero tendrá acción para reclamar (al heredero) el precio entero de la misma.

Este texto ha sido muy criticado, pues se estima que en él se con-tiene el régimen justinianeo de la coniunctio rei, exponiendo el mis-mo principio que otro de Paulo (D. 30.33) que algunos romanistas piensan que es de completa elaboración compilatoria. Según lo expueg-to, sería el animus el que decidiría si en estos casos estamos en presencia de una duplicidad de legado o fideicomiso, o, por el con-trario, frente a una coniunctio, que traería como consecuencia la di-visión en cuotas de la cosa objeto del fideicomiso (27).

(27) Cfr. Voci, Diritto ereditario, cit., II, 2, pag. 1013.



La sospecha sobre la manipulación viene de antiguo. Gayaco (28) ya sospechó del período non communicandi -- in solidum, adhiriéndose a sus sospechas, de una u otra forma, Beseler (29), Pringsheim (30) y Albertario (31).

D. 49.14.43, situado a continuación, dice: Imperator noster rescripsit fisco in rem habere actiones ex tacito fideicomisso.

Aparecen aquí mencionados los fideicomisos tácitos, objeto, como sabemos, de dos monografías especializadas de Gayo y Paulo.

Habla Ulpiano de un rescripto de Caracala en el sentido de que el fisco tenía acciones reales a causa de un fideicomiso tácito. La afirmación no es de extrañar, pues es sabido que el fisco, en determinadas circunstancias, por medio del ius aduoca vindicandi, podía reclamar la parte de la herencia destinada al fideicomisario tácito y que éste no podía recibir. Caracala dice en su rescripto que las acciones de que el fisco dispone son de carácter real.

En nuestra opinión, el texto puede considerarse genuino.

D. 50.17, de diuina regula iuris antiqui, 9º, último fragmento que aparece en la reconstrucción leneliana del libro VI de Ulpiano -- dice: Nemo dubitat solvendo videtur cum qui defenditur.

Como el resto de los fragmentos que hemos examinado procedentes de este título, este también está mutilado y sacado de su contexto. No podemos saber a que se estaba refiriendo Ulpiano en concreto cuando hizo esta afirmación, pero indudablemente estaría relacionado con los fideicomisos y con la solvencia o insolvencia del heredero fideicomisario, o incluso de la herencia (32).

(28) Cfr. Index Intern. y Albertario, I tribonianismo avertiti del Giulio, Studi, I, pag. 14

(29) Rechtsgesch., 2, 27

(30) Animus donandi, cit., en SZ 42 (1921) pag. 283.

(31) Le fonti delle obbligazioni, cit., en Studi III, pag. 79-81

Se preocupó Ulpiano en este libro VI, por los fragmentos que de él se han conservado, de la jurisdicción competente para conocer asuntos relacionados con los fideicomisos, dándonos noticias de la competencia atribuida al pretor fideicomisario o al cónsul, según la cuantía del fideicomiso.

Analizó también las excepciones que puede oponer el fiduciario ante la petición del fideicomiso, mostrándonos un principio general y las excepciones que a éste se opusieron, pero de forma tan confusa nos han llegado los restos, que no hemos podido determinar con claridad el régimen seguido.

Finalmente diremos que del análisis de dos fragmentos (D.40.5.37. y C. 7.7.1.1<sup>o</sup>) deducimos la posibilidad de que en este libro VI se trataran también temas relacionados con las libertades fideicomisarias.

(32) Lenel, en Pal. II, nota (1) col. 926. se preguntó: itaque hereditas quousque pervenit, quousque defenditur? confrontando nuestro texto con D. 40.9.5, pr. (Juliano 64 Dig.) y eod. 18 (Paulo 16 ad Plaut.).

### CONCLUSIONES

El presente trabajo ha tenido por objeto determinar la significación que llegaron a alcanzar los fideicomisos en la sociedad romana de la época del principado, ahondando en las raíces de su difusión y en el por qué del tratamiento específico de que fueron objeto por parte de los juristas más destacados de aquel tiempo. Para ello hemos tenido presente fundamentalmente la compilación justiniana (principalmente el Digesto), y la reconstrucción de las obras de los juristas clásicos llevada a cabo por Lenel en su Palingenesia Iuris Civilis, teniendo en cuenta las limitaciones que estos dos medios comportan. Las conclusiones a las que hemos llegado son las siguientes:

I. En cuanto a los juristas autores de las monografías y la fecha de aparición de las mismas (Vid. page.      y      ), hemos señalado un orden cronológico aproximado de aparición que nos permite afirmar que los juristas del siglo II p.C. conocían las obras sobre el tema aparecidas con anterioridad a la suya dada la poca diferencia de tiempo que separa unas de las otras (Valente, del año 135 a 150 p.C.; Maciano, - del año 151 p.C. en adelante; Pomponio, con posterioridad a la monografía de Maciano y anterior a la de Gayo; y Gayo, del año 160 p.C. en adelante). Podemos afirmar también que tanto Paulo (cuya monografía se refería con anterioridad a la de Ulpiano), como Ulpiano tuvieron en cuenta las monografías de los juristas del siglo II p.C., extremo que se confirma, entre otras cosas, por las menciones que de sus opiniones hacen en sus trabajos.

II. El estudio del desarrollo histórico del fideicomiso nos ha llevado a la conclusión de que el reconocimiento de eficacia jurídica al mismo supuso una confirmación, sí, del instituto pero también el comienzo de su control y de la pérdida de la libertad de que gozaba antes de este reconocimiento, produciéndose una lenta y paulatina asimilación con el régimen regulador de los vetustos legados. Equiparación ésta - qué, si bien no permite mantener la classicidad de la afirmación atribuida a Ulpiano 67 ad. ed., D.30.1, per omnia exsequata sunt legata -

fideicommissis, tampoco nos da pie para sostener que esa de total factu re compilatoria. En nuestra opinión, los comisionados justinianos pudieron tener como base de D.30.1. un fragmento de Ulpiano en el que se recogía el proceso de aproximación que, sin lugar a dudas, se estaba produciendo en su tiempo. (Vid. page. 57 y ss.).

III. Del examen de los textos que hacen referencia a la capacidad necesaria para encomendar un fideicomiso, hemos concluido que ésta - fue sufriendo una paulatina evolución hasta configurarse de forma similar a la capacidad requerida para otorgar testamento. En Ulpiano 1 de fideic. D. 30.2, encontramos la formulación de la regla general de capacidad activa: sciendum est eos deum fideicommissum posse relinquere qui testandi ius habent. ¿Cuándo comenzó a exigirse este requisito de la testamenti factio activa para los fideicomisos? No podemos admitir la opinión generalizada que mantiene que este requisito fue exigido - desde que comenzó a regularse jurídicamente el fideicomiso. Para nosotros, la regla manifestada por Ulpiano supone el final de una evolución en cuyo origen no tenían por qué coincidir la capacidad para otorgar - testamento con la capacidad para encomendar fideicomisos (Vid. page. - 136 y ss. ).

En cuanto al tema de a quién se puede encomendar el cumplimiento de un fideicomiso, encontramos también en Ulpiano 1 de fideic., D.32.1.1.6, la formulación de la regla general: sciendum est autem eorum fidei - committi quem posse. ad quos aliquid perventurum est morte sua. vel - dum eis datur vel dum eis non admittitur. En este caso admite la doctrina que tal formulación es el resultado de una lenta evolución. Pero si admitimos aquí la posibilidad de una lenta evolución, no encontramos argumentos para negarla en el supuesto de la capacidad para encomendar - fideicomisos.

También sufrió una evolución la capacidad para recibir por medio de un fideicomiso, siendo quizás aquí donde se hace más patente el interés del poder público en controlar la utilización del instituto. Son - numerosas las noticias que han llegado indicándonos las restricciones -

que la primitiva libertad para encomendar fideicomisos a personas incapaces de recibir por otros medios (peregrini, coelibes, orbi, etc.) - fue sufriendo a lo largo del tiempo, en este sentido es de señalar la especial preocupación que despertó la figura del fideicomiso tácito - se han conservado restos de dos monografías, una de Gayo y otra de Paulo, dedicadas a este tema-, uno de cuyos objetivos era enseñar este control. (Vid. page. 84 a 95 ).

IV. De los textos relativos al contenido de los fideicomisos hemos deducido, en contra también de una corriente de opinión bastante generalizada, que los juristas autores de monografías sobre fideicomisos no tuvieron inconveniente en utilizar el verbo legare en cualquier de sus formas, para referirse al hecho de disponer por fideicomiso. No dudamos que fueran conscientes del alcance técnico estricto del substantivo legatum, pero esto no les impidió utilizar esas expresiones con un valor no técnico para referirse a otras disposiciones mortis causa, que si no eran los legata del ius civile, guardaban con estos muchos puntos de contacto. A esta conclusión nos lleva también la consideración de que legare era una palabra usual empleada comúnmente fuera del círculo de los juristas con el sentido genérico de encomendar algo a alguien, y que los juristas romanos eran, como es sabido, muy permeables al habla común. Y junto a este hecho pudo influir, en nuestra opinión, el deseo de apoyar la creciente importancia de los fideicomisos haciendo ver a través del léxico la proximidad que guardaban con la venerable figura de los legata.

También hemos apreciado una característica común en el tratamiento de estos temas, y es el intento de los juristas por salvar la validez de la eficacia del fideicomiso, procurando con sus soluciones que éste se cumpla ateniéndose a la voluntad del causante, salvando los obstáculos que una interpretación rígida pudiera oponer.

En cuanto a las cosas que son objeto de fideicomiso, la conclusión que se pueda extraer después del análisis de los textos es que éstas son variadas -dinero, fincas, alimentos etc.-, pero lo que en realidad

preocupaba a los juristas era, como hemos dicho, no los objetos en sí, sino las peculiaridades que podían darse en el cumplimiento de los fideicomisos.

V. En el estudio de las manumisiones fideicomisarias nos detenemos - en considerar el euge que éstas alcanzaron en un determinado momento y el favor que las mismas recibieron por parte de los juristas y de la autoridad imperial, y concluimos que las causas de este euge no pueden ser sólo de carácter económico, aunque causas de este tipo tuvieron ciertamente su influencia. En nuestra opinión, esta tendencia favorecedora de la libertad que se aprecia claramente en los textos eg tuvo inspirada, además de en causas económicas, en otras de diferente carácter como pueden ser las corrientes de pensamiento humanitarias y - humanistas introducidas por estoicos y epicúreos encaminadas a dulcificar la situación de la esclavitud. Y en este punto tenemos que manifestar nuestra oposición a la tesis mantenida por Alberterio en el sentido de que esta tendencia favorecedora de la libertad suponía la consagración jurídica de las ideas cristianas en lo referente a la esclavitud y la concesión de libertad. Creemos, basándonos en el análisis pormenorizado de los textos referentes al tema, que esta tendencia es clásica, que está fundada, entre otras, en las causas que hemos expuesto, - que posteriormente se reforzó con las ideas cristianas, y que la labor de los compiladores justinianos en alguno de los textos se limitó a - confirmar, en ocasiones muy claramente, una tendencia que ya encontraron esbozada en los materiales con los que trabajaron.

La peculiar estructura del fideicomiso de libertad nos ha llevado a cuestionar la tradicional consideración de la manumisión testamentaria, en todas sus manifestaciones, como forma de manumisión solemne, junto con la manumissio vindicta y la manumissio censu (época clásica). En la manumisión fideicomisaria, el causante que encomendaba el fideicomiso podía desear que el esclavo al que quería manumitir no adquiriera - la ciudadanía romana y así la latinidad, y así expresárselo al heredero fiduciario en su encargo. El supuesto entra dentro de lo posible.

Preocuparon además a los juristas los problemas relativos al eventual incumplimiento del fiduciario, la correcta atribución del patronato y la clara interpretación de las disposiciones ambiguas del causante.

VI. En los textos referentes a las herencias fideicomisarias, los juristas autores de monografías sobre fideicomisos trataron, en general, de temas similares. Uno de ellos es el de la resistencia del heredero fiduciario a adir la herencia, los medios para vencer esta resistencia, y los problemas relativos a la restitución al fideicomisario. Y en cuanto a la restitución, hemos llegado a la conclusión junto con Cuq y otros romanistas (Vid. page. 73 nota (119)), de que esta se efectuaba por una simple convención, expresa o tácita, entre fiduciario y fideicomisario, y que esta convención tenía aquí una eficacia que de ordinario no se admitía para los simples pactos, pues confería al fideicomisario un poder de carácter real sobre los bienes independientemente de toda tradición. Esta afirmación encuentra su fundamento en un texto de Gayo, 2 fideic., D. 36.1.65, pr.: Facte in fideicommissum restitutione statim omnes res in bonis fiunt eius, cui restituta est hereditas, etsi nondum eorum nactus fuerit possessionem. Creemos que debe tenerse en cuenta que aunque en apariencia se trata de una convención inter vivos, ésta tiene su origen en la sucesión, y precisamente en una figura tan controvertida como la del fideicomiso en la cual se dejó sentir la influencia de los magistrados jurisdiccionales de manera importante. La restitución, como sostuvo Voci, tenía el efecto de crear un nuevo titular del patrimonio hereditario, y esta titularidad, reconocida solo por el magistrado, podía denominarse in bonis habere. El poder real al que nos hemos referido se efectuaba a través de una actio concedida por el magistrado. En nuestra opinión, sería la fideicommissaria hereditatis petitio.

Preocupó también a todos los juristas la correcta determinación de lo que en los textos examinados se denomina cuarta falcidia. En la mayoría de estos textos presumimos que los compiladores cambiaron la men-

ción que en ellos se hacía a la cuarta Pegasiana por la denominación de cuarta Falcidia, aunque en otros los juristas se refirieran a la cuarta Falcidia y a los legados para posteriormente tratar de los fideicomisos y la cuarta Pegasiana, destacando las diferencias existentes.

Los problemas relativos a la transmisión de acciones entre fiduciario y fideicomisario interesaron en gran manera también a estos juristas que analizaron detalladamente las cuestiones que se suscitaban, así como también otros efectos de la aplicación de los SS.CC. Trebeliano y Pegasiano.

Deducimos además de los textos el valor que concedieron los juristas a la voluntad del causante y su fiel cumplimiento en el campo de los fideicomisos, lo que demuestra una diferencia importante con los legados en la misma época, en los que se daba más importancia a las palabras del causante que a lo que éste había realmente querido.

Otra tendencia que apreciamos es la dirigida a defender en la medida de lo posible, y siempre dentro del cumplimiento de la voluntad del causante, los intereses del fiduciario a quien se encargó la restitución de la herencia.

VII. En los textos que Lenel intituló de iurisdictione fideicomissaria y en algunos otros que aunque no titulados de esta manera se refieren a estos temas, se ocuparon los juristas de la competencia para conocer asuntos relacionados con los fideicomisos (pretor fideicomisario y cónsul), y la determinación de fueros legales en defecto de fuero convencional. El fuero convencional era el del lugar determinado por el causante, y en cuanto a los fueros legales aparecen señalados el del lugar en donde esté sita la mayor parte de la herencia o el del domicilio del causante. Pero ignoremos, por las mutilaciones que los textos han sufrido, si el primero de ellos es fuero principal y el segundo subsidio, o eran electivamente concurrentes. Pero es indudable que todos ellos fueron contemplados.



VIII. En cuanto al trabajo realizado por los comisionados justinianeos con los materiales que recibieron referentes a estos temas, creemos que puede afirmarse que si bien no fueron enteramente fieles a los mismos, tampoco procedieron, en la mayoría de los casos, a realizar en ellos retoques profundos, sino a culminar un proceso de unificación - que había alcanzado ya en la época clásica un alto grado de madurez. - Lo más probable es que en las obras que no les llegaron ya previamente manipuladas, se encontraran con textos demasiado largos en donde los juristas clásicos establecieran similitudes o establecieran diferencia entre la solución dada para los legados y la ofrecida tratándose de fi deicomisos.

Es frecuente encontrar también intervenciones de autoridad en las - que los compiladores zanjaron el debate, tomando postura por una de - las opiniones encontradas patrocinadas por los diferentes juristas clásicos. En estos casos, pues, no se puede negar la claridad de la - opinión contenida en el texto, aunque, evidentemente no era la única - ni quizás, en algunos casos, la predominante entre las existentes.

En otras ocasiones, en nuestra opinión las menos de las veces, la intervención compilatoria altera fundamentalmente el contenido de lo expuesto por el jurista clásico.

De las mutilaciones que pueden sospecharse en los restos conservados, deducimos que la tarea de los compiladores bizantinos fue eminentemente reductora, y que dentro de esta tendencia hubieron de decidir la exclusión total de un buen número de pasajes.

Estudiando el criticismo manifestado por ciertos romanistas en el análisis de los textos que han sido objeto de nuestro estudio, hemos llegado al convencimiento de lo exagerado de algunas posturas. Así hemos pretendido determinar el alcance de las intervenciones compilatorias. Estas ciertamente existieron, y en muchos casos parecen evidentes, pero en el sentido que antes hemos expuesto.

De esta labor de observación y análisis de los textos procedentes de las monografías se puede deducir cuáles fueron los temas y los - problemas que suscitó el instituto del fideicomiso en la época del - principado, y esto es así porque las intervenciones compilatorias, en gran medida, fueron respetuosas con las soluciones que los juristas clásicos habían ofrecido, intentando también ser fieles al mandato - de Justiniano de adecuar el derecho clásico al derecho de los nuevos tiempos.

Se puede apreciar también la profundidad y agudeza con que los juristas clásicos se prestaron al análisis de un instituto como el fideicomiso del que trataron de desarrollar todas sus posibilidades, por mesbles a las exigencias que la vida práctica les demandaba. Es de lamentar, por ello, la mutilación que han sufrido sus obras, que nos impide conocer el alcance total de sus elaboraciones.

I

INDICE DE FUENTES

<u>I. FUENTES LITERARIAS</u>			Gayo II,		
<u>Ciceron</u>			198	pag.	256
Pro Plancio, 41	pag.	184	203	"	234
Pro Cluentio, 7	"	42-43	229	"	142-143
De Legibus, III,3	"	49	232	"	143
De Finibus Bon et			239	"	99
Mal	"	65	246-259	"	472-527
<u>Dionisio de Halicarnaso</u>			249	"	39-40
IX, 22	pag.	49	250	"	64
<u>Tito Livio</u>			251	"	69
Ab urbe condita -			252	"	66-75
III, 45, 1	pag.	107	253	"	68-587-621-622
<u>Valero Maximo</u>			254	"	70-492
IV, 2,7	pag.	42	254-259	"	70
<u>Quintiliano</u>			255	"	75
Inst.Oratoriae 3,			257	"	75
6,70	pag.	46-696	258	"	70-587
Declart.Minores	"	106	260-264	"	42
<u>Tacito</u>			261	"	266
Annales, 2,48,1	pag.	186	262	"	262-264
<u>Suetonio</u>			263-267	"	101
Vita Tib. 31	pag.	227	264	"	99-376
Claud.23	"	46	265	"	262-382
Nero 10	"	89	266	"	102
<u>Scriptores H<sup>o</sup> Augustae</u>			267	"	98-99-102
Vita Marci XXV,4	pag.	20	269	"	35-139-142
Vita Auidi Casii			270	"	36
VII,4	"	20	270 <sup>a</sup>	"	36
<u>II. FUENTES JURIDICAS.</u>			271	"	36
A) <u>Preiustinianeeas.</u>			272	"	36
<u>Instituciones de Gayo.</u>			273	"	36
Gayo II, 102	pag.	33-34	274	"	35
103	"	33	275	"	36
196	"	234	276	"	36
197	"	234	277	"	37
			278	"	37
			279	"	37
			280	"	37
			281	"	37
			282	"	37
			283	"	37-491
			284	"	61
			284 as	"	58
			284-288	"	61
			285	"	53-95-186
			285-274	"	35
			286	"	376
			286-286 <sup>a</sup>	"	37-47-50-52-53
			287	"	38-53-61-95-275
			Gayo III, 98	"	242
			182	"	353

## II

Gayo IV,	14	pag.	106
	119	"	294
	126	"	383
	128	"	383

### Epitome de Gayo

II, 7.5	pag.	
7.8	"	38-143

### Reglas de Ulpiano

II,	11	pag.	262
XVII,	2	"	186
XX,	10	"	171
	11	"	147
XXII,	5	"	652-653
XXIV,	1	"	40
	25	"	64
	28	"	197-228
XXV,	1 y ss	"	58
	1-10	"	61
	2	"	39-40
	3	"	39
	4	"	75-136-153
	7-12	"	38
	8	"	142-143
	12	"	45
	17	"	90-91
XXVII,	1	"	94

### Sentencias de Paulo

Paul.Sent. 2.23.2	pag.	108
4. 1.6	"	40
13.3	"	355

### Codex Theodosianus

C.Th.	4. 4.1	pag.	55
-------	--------	------	----

### Fragmento Vaticano

Fragm. Vat.	225	pag.	385
-------------	-----	------	-----

### Testamento de Longino Castor

F.I. AnteJ. III	pag.	237
-----------------	------	-----

### B) Justinianeses.

#### Digesto.

D 1 2 2 32	pag.	45-53-164
D 35	"	11-17-18

#### Digesto

D 1. 4. 2.	pag.	123-133-686-688
7.28.	"	281
9. 8.	"	124-134-693
12. 1. 1.	"	
16. 4. 5.	"	157
6. 3.	"	157
D 2. 1.14.	"	671
19.	"	124
pr.	"	134-694
1.	"	134-695
9. 2. 1.	"	559
14. 7. 1.	"	243
6.	"	243
18.	"	559
50.	"	243
58.	"	243
D 4. 4.24. 2.	"	673
33.	"	15-118-127-223-344-345-413-415-458-659
D 5. 1.15.	"	559
50.	"	125-134
50.pr.	"	696-700
1.	"	697-698
2.	"	698-699-700
51.	"	699
52.	"	125-134
pr.	"	699
1.	"	697-700
2.	"	697-700
3.	"	701
4.	"	701
6. 1.	"	74-472
2.	"	74-472
3.	"	472
D 7. 1.72.	"	128-122-251
4. 3.	"	116
pr.	"	128-235
4.	"	270
29. 2.	"	271-272-273
D 8. 3. 6. 1.	"	116-128-235
D 10. 2.40.	"	122-131-471-586-591
3. 7.13	"	243
D 11. 7.45.	"	119-129-471-542
D 12. 1. 9. 6	"	242
1.40.	"	26
6.62	"	120-128-471-491

### III

#### Digesto

D 13.	1.14.pr.	pag.	632
	3. 4.	"	243
	5.22.	"	572
D 18.	1.52.	"	317
D 20.	1.11. 2.	"	272
D 22.	3.21.	"	581
	6. 9.5-6	"	491
	8. 7.	"	41
D 24.	1. 5.	"	491
D 25.	3. 1.	"	90
	10	"	90
	3. 1.	"	90
	4. 1.	"	90
D 27.	1.24.	"	385
D 28.	1.19.	"	151
	29. 1.	"	237
	5.84. 1.	"	606
	87.	"	120-129-471
	pr.	"	534
	1.	"	535
	6.38. 6.	"	536-675
	39.pr.	"	65
	44.	"	120-129-472-536
D 29.	1. 1.pr.	"	280
	13. 2.	"	156
	4.	"	502-505
	14.	"	120-128-472-502
	17. 4.	"	173-174
	14.	"	173
	2.71.pr.	"	108
	86.pr.	"	120-128-472-506
	4. 6.10.	"	495
	12.pr.	"	495
	17.	"	495
	22.pr-1	"	495
	28	"	472-505
	pr.	"	120-128-443
	1.	"	494-495
	29.	"	118-339-408
	5.23.	"	126-130-472-570
	7. 6. 3.	"	139
	11.	"	560
	12.	"	560
	13.	"	560
	14. 8.	"	560
	15.	"	559
	19.	"	560

#### Digesto

D 30.	1.	pag.	57-58-60-61-62-7
	2.	"	121-132-136-139
		"	190-712
	26. 2.	"	65
	33.	"	708
	40.	"	117-318-320-321
	41.	"	317
	42.	"	117-317
	91. 1.	"	241
	92. 2.	"	193
	93.	"	122-132-192
	94. 3.	"	194
	95.	"	122-132-195
	103.	"	84-91-93
	108.15	"	40
	114.pr.	"	137
	114. 1.	"	137
	3.	"	266
	6.	"	524
	15.	"	11
	115.	"	39
	122.	"	197-229
	pr.	"	
	123. 1.	"	84-91-92
D 31.	24.	"	124-133-299
	29.pr.	"	46
	34. 6.	"	237
	67.8.	"	581
	70.pr.	"	266
	77.pr.	"	309
	13.	"	307
	82. 2.	"	116-127-217-220
D 32.	1.	"	154-259
	pr-5	"	121-132
	6-10	"	122-132
	pr.	"	137-153
	1.	"	144-148-165-166
		"	274-275
	2.	"	137-153-154-157
	3.	"	137-158
	4.	"	138-159-162
	5.	"	149-165-274-275
	6.	"	166-190-195-199
		"	258-712
	7.	"	192-199
	8.	"	192-199
	9.	"	192-199
	10.	"	192-199
	2.	"	124-131-258
	3.pr.	"	194

IV

Digesto

D 32.	3.pr-4	pag.	122-132
	1.	"	194-195
	2.	"	196
	3.	"	196
	4.	"	196
	5.	"	290
	pr.	"	197
	1.	"	197-285-289
	6.	"	289
	pr.	"	284-285
	1.	"	284
	6.	"	116-131
	7. pr-2	"	122-132
	pr.	"	198
	1.	"	198
	2.	"	198-198bis
	8.	"	116-131
	pr.	"	285-287
	1.	"	287
	2.	"	288
	9.	"	121-128-198bis
			285
	10.	"	116-127-204-221
	11.	"	290
	pr-11	"	124
	12-19	"	116-133
	20-25	"	124-133
	pr.	"	291
	1.	"	123-127-291
	2.	"	292
	3.	"	293
	4.	"	294
	5.	"	204-294
	6.	"	204-296
	7.	"	297
	8.	"	297
	9.	"	203-301
	10.	"	302
	11.	"	203-204-303
	12.	"	116-117-133-313
	13.	"	313
	14.	"	203-316
	15.	"	128-231-318
	16.	"	318-320-321
	17.	"	318-321
	18.	"	321-322-323
	19.	"	204-321-322-323
	20.	"	330
	21.	"	331
	22.	"	331
	23.	"	332
	24.	"	332

Digesto

D.32.	11.25	pag.	332-334
D 32.	12.	"	126-203-205-210
			325
	13.	"	116-128-232
	14.	"	124-131-203
	pr.	"	259
	1.	"	260
	2.	"	261-262-269
	15.	"	116-128-233
	16.	"	116-130-254
	17.	"	128
	pr.	"	233
	1.	"	234
	18.	"	116-130-255-256
	6.	"	11
	19.	"	125-127
	20.	"	125-134-708
	21.pr.	"	39
	24.	"	291
	38.pr.	"	41
	7.	"	41
	40.	"	560
	1.	"	237
	46.	"	216
	78. 6.	"	11-116-126-215
	87.	"	220-233-316
	94.	"	116-127-222-223
	95.	"	116-128-236
	96.	"	25-122-131-472
			586-591
D 33.	1. 14.	"	117-133-324
	15.	"	125-127-585
	21. 3.	"	229
	25.	"	117-127-221
	2. 16.	"	229
	17.	"	229
	29.	"	124-131-270-272
	7. 21.	"	117-130-257
D 34.	1. 10. pr.	"	383
	14.	"	117-133
	pr.	"	326
	2.	"	328
	3.	"	328
	21.	"	117-133-329
	22.	"	117-126-210-325
	1.	"	212
	3. 14.	"	122-132-198-198
			bis
	28. 3.	"	401
	4. 28.	"	125-127

V

Digesto

D 34. 5. 5.	pag.	124-131
pr.	"	273
1.	"	247-275
5.	"	128-247-275-276
7.	"	24-124-131-275
pr.	"	247-248-276
1.	"	278-280
2.	"	281
9. 4.	"	313
10.	"	690
11.	"	84-90
22.	"	313
23.	"	125-131-313-689
D 35. 1. 22	"	259
79.4	"	514
86.	"	123-128
pr.	"	248
1.	"	249
87.	"	117-126-204-213
	"	282
88.	"	124-131-213-282
	"	364
89.	"	117-126-204-213-
	"	214
90.	"	25-124-131-282
	"	283-364
91.	"	123-128-204-205
	"	239
92.	"	118-134-466
2.28.	"	121-128-170
29.	"	122-131-472-608
	"	618
30.	"	120-129-472-474
	"	543
pr.	"	543-544
1.	"	541-546
2.	"	547
3.	"	548
4.	"	548
5.	"	549
6.	"	550
7.	"	550-551
8.	"	552
9.	"	553
31.	"	120-130-472-577
32.	"	120-129-472-554
pr.	"	554-555
1.	"	556
2.	"	557
3.	"	558

Digesto

D 35. 2. 32. 4.	pag.	559
5.	"	561
33.	"	132-346-369-370
34.	"	370
35.	"	370
36.	"	118-132-366-370
pr.	"	366-414
1.	"	367-414
2.	"	367
3.	"	368
4.	"	370
37.	"	118-127-345-346
1.	"	346
45.1.	"	632
46.	"	
47.1	"	601-636
59.1	"	59-84-90-91-691
	"	692
73.1	"	632
93	"	593
3. 6.	"	
pr.	"	
1.	"	
8.	"	120-129-472-562
9.	"	120-129-472-564
	"	565
D 36. 1. 1.	"	470-475-619
pr-21	"	122-133
pr	"	619
1.	"	67-620
2.	"	68-620-621
3.	"	622
4.	"	69-622-623
5.	"	623
6.	"	623
7.	"	623-624
8.	"	619-624
9.	"	624
10.	"	626
11.	"	627
12.	"	627
13.	"	627
14.	"	628-629
15.	"	630
16.	"	631
17.	"	633
18.	"	173-634
19.	"	635
20.	"	636-638
21.	"	637

VI

Digesto

D 36. 1. 2.	pag.	119-130-471
3.	"	122-133-470
pr.	"	638-639-641
1.	"	173-640-641
2.	"	579-580-641
3.	"	642
4.	"	642
5.	"	643
4.	"	123-133-470-521
	"	645
5.	"	119-129-470-473
	"	521
6.	"	123-133-470-648
pr.	"	648-668
1.	"	649
2.	"	650
3.	"	651
4.	"	652
5.	"	653
6.	"	500-654-655
7.	"	119-128-470-499
	"	500-529-608
8.	"	119-122-128-131
	"	471-509-608-618
9.	"	123-133-471-648
	"	655
pr.	"	654-655
1.	"	563-656
2.	"	563-656
3.	"	657
10.	"	74-122-131-471
	"	583-584
11.	"	123-133-471
pr.	"	658
1.	"	660-665
2.	"	516-613-661-662
	"	663-665
12.	"	471-666
13.	"	471
pr-5	"	123-133
pr	"	666
1.	"	666-667
2.	"	666-668
3.	"	666-668
4.	"	666-669
5.	"	666-671
14.	"	471-671
15.	"	471-671
pr-8	"	123-136
7-8	"	129

Digesto

D 36. 1. 15.pr.	Pag.	119
1.	"	672
2.	"	673
3.	"	674
4.	"	676
5.	"	677
6.	"	677-679
7.	"	474-522-524-677
	"	678-679
8.	"	474-522-524-609
	"	677-678-679
16.	"	122-131-471-609
	"	618
17.	"	471-474-522-527
pr-17	"	123-133
13-14	"	119-129
pr.	"	119-129-522-524
	"	609-678
1.	"	678
2.	"	525-526-527-677
3.	"	129-524-525-529
	"	679
4.	"	679-682
5.	"	680
6.	"	129-524-529-679
7.	"	681
8.	"	129-521-531-679
	"	681
9.	"	129-521-531-681
10.	"	682
11.	"	683-684
12.	"	683
13.	"	537-681
14.	"	537-681
15.	"	684
16.	"	685
17.	"	685
18.	"	124-133-303-471
pr.	"	303-304
1.	"	304
2.	"	305
3.	"	306
4.	"	204-306
5.	"	308
6.	"	309
7.	"	311-312
8.	"	313
19.	"	471-601-602
pr.	"	72
20.	"	471



# VII

## Digesto

D 36. 1.20.	pag.	471
21.	"	471
22.	"	471
23.	"	471
24.	"	201-471
25.	"	471
26.	"	471
2.	"	65
27.	"	471
28.	"	471
1.	"	590
2.	"	675
4.	"	675
5.	"	660
7.	"	69-71
8.	"	681
9.	"	304-681
10.	"	681
12.	"	654
15.	"	654
29.	"	471-625
2.	"	76
30.	"	471
31.	"	471
32.	"	471-667
2.	"	596
33.	"	66-471
34.	"	471
35.	"	471
36.	"	471
37.	"	471
38.	"	73-471
39.	"	471
1.	"	628
40.	"	471
41.	"	471
2.	"	611
42.	"	120-132-471-611
43.	"	471
44.	"	471
45.	"	471
46.	"	471
pr.	"	476
47 a 64	"	471
48.	"	65
54.pr.	"	80
56	"	41-81
60. 8.	"	41
64.pr.	"	66
65.	"	122-471-586

## Digesto

D 36. 1. 65.pr-4	pag.	131-586
5-15	"	122-131-586-592
5-6	"	551
pr.	"	73-486
1.	"	586
2.	"	588
3.	"	588
4.	"	589-590-592
5.	"	25-552-592
6.	"	593
7.	"	594
8.	"	595-596
9.	"	597
10.	"	598-600
11.	"	600-635
12.	"	602
13.	"	603
14.	"	604
15.	"	605
66.	"	118-119-471
pr.	"	118-128-496
1.	"	118-128-498
2.	"	118-128-477-501
3.	"	118-128-507
67.	"	119-129-471
pr.	"	510
1.	"	512
2.	"	473-516
3.	"	517
4.	"	520-611
68.	"	120-122-132-471
pr.	"	610-618
1-4	"	612
1.	"	474-612-618-663
2.	"	615-618
3.	"	616-618
4.	"	474-616-617
69.	"	119-127-471-491
pr.	"	475
1.	"	478
2.	"	480
3.	"	483
70.	"	119-127-471
pr.	"	485
1.	"	486-491-578
71.	"	119-129-471-540
72.	"	119-130-471
pr.	"	574
1.	"	575
2.	"	576

## VIII

Digesto

D 36. 1.73.	pag.	119-129-471-656
74.	"	126-130-471-580
75.	"	126-130-471
pr.	"	571
1.	"	570-572
76.	"	471-563
1.	"	65
77.	"	471-560
79.	"	66-471
80.	"	471
2.	"	65
5.	"	66
81. 81 a 85	"	471
2.29	"	117-126-216
3. 1.11.	"	322
6.	"	125-134
pr.	"	701
1.	"	701
4. 1.4.	"	567
12.	"	120-129-566
D 37.11. 1. 8.	"	151
14.47	"	19
D 38. 1.13. 5.	"	179
14.	"	179
34.	"	180
46.	"	121-127-178-183
47.	"	118-127-541-347
48.pr.	"	179
2.29.pr.	"	385
1.	"	385
16. 2. 7.	"	573
17. 1.12.	"	692
D 40. 2.20	"	414
pr.	"	344-345
4.16.	"	107
23.pr.	"	495
55.	"	123-128-204
pr.	"	240
1.	"	240
2.	"	241
56.	"	117-131-288
58.	"	123-128-251
5. 1.	"	336
2.	"	108-336
3.	"	336
4.	"	336
12.	"	341
18.	"	362
5.	"	336-342-354-456

Digesto

D 40. 5. 6.	pag.	336-342-367-415
7.	"	336
8.	"	336-342
9.	"	97-336-398
10.	"	336-343
pr.	"	400-401
11.	"	336
12.	"	336-343
pr.	"	97
2.	"	464
13.	"	336
14.	"	336-343
15.	"	336-390-420-421
16.	"	336
17.	"	336
18.	"	336
19.	"	336
20.	"	336-342
21.	"	336-343
22.	"	336
pr.	"	369
2.	"	342-355
23.	"	336
24.	"	97-118-134-392
pr.	"	393
1.	"	343-393
2.	"	343-394
3.	"	343-393-395
4.	"	344-393-396
5.	"	344-393-396
6.	"	344-393-397
7.	"	343-393-398-404
8.	"	343-393-399-401
9.	"	402-404
10.	"	343-393-402-404
11.	"	108-343-393-402
12.	"	404
13.	"	393-408
14.	"	342-367-393-408
15.	"	412-413
16.	"	342-393-408-409
17.	"	342-393-408-410
18.	"	342-393-408-411
19.	"	342-393-408-411
20.	"	412-413-415
21.	"	99-342-393-408
22.	"	342-393-408-417
23.	"	342-393-408-418
24.	"	342-393-408-418
25.	"	340-348-393-419
26.	"	423-464

## IX

Digesto

D 40. 5.25.	pag.	118-127-132-336
		341-348-360-374
26.	"	118-134-336-423
pr.	"	108-340-423
1.	"	340-424
2.	"	340-427
3.	"	340-428
4.	"	340-429
5.	"	340-430
6.	"	340-431
7.	"	340-354-432-436
8.	"	340-434-446
9.	"	340-435
10.	"	340-436
11.	"	340-386-437-468
27.	"	118-132-336-339
		386-437-468
28.	"	118-134-336
pr.	"	340-432-438
1.	"	340-432-439
2.	"	340-432-440
3.	"	340-432-440
4.	"	340-432-441-443
5.	"	340-341-444
29.	"	118-132-134-336
		339-340-389-420
		421-443
30.	"	118-134-336-341
		457
pr.	"	446-457
1.	"	447-448-449-457
2.	"	448-449-457
3.	"	449-457
4.	"	448-451-457
5.	"	451-457-461
6.	"	451-453-457
7.	"	451-455-457
8.	"	451-456-457
9.	"	456-457-460
10.	"	456-458-460
11.	"	456-458-460
12.	"	341-456-457-459
		460
13.	"	456-461
14.	"	456-462
15.	"	462
16.	"	462-463-464
17.	"	101-462-464
31.	"	118-132-336-351
pr.	"	374
1.	"	339-376

Digesto

D 40. 5. 31. 2.	pag.	339-377
3.	"	341-378
4.	"	342-351-379
32.	"	118-130-336-350
		379
pr.	"	342
2.	"	352
33.	"	117-118-132-336
		361-364-385
pr.	"	341-384-386
1.	"	339-354-386-387
		433
2.	"	339-387-388-433
34.	"	118-130-336-359
pr.	"	341-359-360
1.	"	338-360-361-362
2.	"	363
35.	"	118-130-336-338
		352-659
36.	"	118-130-336-338
		339-354
pr.	"	341-354-433-445
1.	"	341-356-357-445
2.	"	357-445
37.	"	125-134-336-706
		708-710
38.	"	337
39.	"	337
40.	"	337
41.	"	337
5.	"	383
42.	"	120-129-336-337
		472-504-505-539
43.	"	337
44.	"	337
45.	"	337
46.	"	337-343
2.	"	295
47.	"	337
1.	"	453
2.	"	388
48.	"	337
49.	"	337
50.	"	337
51.	"	337
1.	"	378
4.	"	355-390
5.	"	355
8 y ss.	"	390
52.	"	337
53.	"	337-338

X

Digesto

D 40.	5.53. 1.	pag.	357-358
	54.	"	130-336-338-357
			358
	55.	"	337-338
	56.	"	337-338
	60.	"	367
	7. 9. 3.	"	108
	19.	"	108
	9. 4.	"	404
	5.pr.	"	710
	18.	"	710
	12.43.pr.	"	103
D 42.	4.15.	"	123-134-703
	6. 1. 6.	"	664
D 44.	4. 5. 6	"	291
	6. 2.	"	125-174-703-705
	7. 1. 2.	"	242
	31.	"	123-128-205-241
			246
D 45.	1.46. 2.	"	296
	3.	"	296
	121.3.	"	243
	137.6.	"	242
	2. 9.pr.	"	243
	3. 1. 4.	"	683
	39.	"	26
D 46.	1. 7.	"	242
	29.	"	242
	3.103.	"	117-128-238-472
			541
	104.	"	71-120-129
	4.103.	"	238
D 47.11.	9.	"	157
D 48.	2. 20.	"	158
	10. 1.7y8	"	391
	19. 2. 1.	"	158-159-160-161
			163-164
	22. 6. 1.	"	158-159-161-163
			164
	16.	"	156
	17.	"	118-132-391
D 49.	1. 1. 1.	"	157
	14. 3.pr.	"	91-92
	1. 3.	"	84
	13.pr-1	"	88
	4.	"	89-90
	5.	"	90
	8.	"	88

Digesto

D 49.14.	15. 3.	pag.	188-189
	3 y 4	"	88
	4.	"	88-188
	18.pr.	"	90
	7.	"	187
	36.	"	90
	40.	"	91
	42.	"	121-127-189-689
	pr.	"	182-185
	1.	"	187
	43.	"	125-134-689-709
	49.	"	125-132-690
15. 12.	5.	"	137
	9.	"	107
17. 18.		"	121-128-169-176
	5.	"	19
D 50.	8. 1.	"	227-228
	6.	"	117-127-204-224
16. 91.		"	122-131-610-618
	229.	"	125-132-691
17. 93.		"	121-128-167-176
	94.	"	124-133-289
	95.	"	125-134-709
	96.	"	120-129-472-574

Codex Justinianus.

C 4.50.	9.	pag.	191
C 6.16.	1.	"	156
	21. 12.	"	173
	24. 8.	"	630
	12.	"	652
31. 4.		"	674
	5.	"	674
	6.	"	674
36. 8. 3.		"	55
37. 21.		"	54
39. 2.		"	495
40. 2.		"	260-515
	3.	"	260
42. 9.		"	
	12.	"	584
	22.	"	39-55-144
	31.	"	258
43. 1.		"	56-61
	2.	"	56-57-60-230
49.		"	472
	7.pr.	"	519
	1.	"	649
	1b.	"	504-510

# XI

## Codex Justiniano.

C 6.50. 3.	pag. 90
7.	" 173
C 7. 2.15. 1.	" 109
4. 5.	" 362
6. 1.	" 465
7. 1.1 <sup>o</sup>	" 28-117-124-132 134-392-707-708 710
C 8.10. 2.	" 317
C 9. 8. 6.	" 158

## Instituciones Justinianas

I 1. 6. 7.	pag. 362
I 2. 7. 4.	" 407
12.pr.	" 171-172
14.10.	" 242
20.2 y 3	" 56
2.	" 581
3.	" 57-60-230
4.	" 581
23.	" 472
1.	" 38-41-42-45-141 142
3.	" 69
4.	" 64-68-621
5.	" 70
5 y 6	" 70
6.	" 70
7.	" 76
24.pr-2	" 42
1.	" 266
25. pr.	" 42
I 3.13. 1.	" 556
23. 12.	" 527

## Novelas Justinianas.

Nov. 22.	43-44	pag. 515
" 108	1-2	" 83
	1	" 82
	2	" 82
" 134	13, 2	
	y 3.	" 184

## III. Fuentes Epigráficas.

### Corpus Inscriptionum latinarum

CIL VI, 1.421	pag. 12
---------------	---------

### Corpus Inscriptionum latinarum:

CIL VI, 9.485	pag. 40
10.915	" 40
22.083	" 40
XIV, 5.347	" 20
5.348	" 20

### Inscriptiones Latinae Selectae:

IL 5,	1.051	pag. 12
-------	-------	---------

## ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS

AG .....	Archivio giuridico "Filippo Serafini", Bologna, - Pisa y Modena.
ANDE .....	Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid)
ALBERTARIO, Studi ....	ALBERTARIO, Studi di diritto romano, I-IV, Milán 1933-1953.
AP .....	Annali del Seminario Giuridico della R.U. di Palermo.
BIDE .....	Bulletino dell'Istit. di Diritto romano. Roma y Milán.
BIONDI, Scritti .....	Biondi, Scritti, Giuridici I-IV, Milán 1965
BONFANTE, Scritti ....	BONFANTE, Scritti giuridici varii, I-III, Milán Nápoles, Roma 1921-1923.
C .....	Codex Repetitae Praelectionis
CIL .....	Corpus inscriptionum latinarum
CTH .....	Codex Theodosianus
D .....	Iustiniani Digesta
INDEX .....	Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur. Editionem a Ludovico Mitteis Inchoatam ab aliis viris doctis perfectam. Adiuti curaverunt: Ernestus Levy-Ernestus Rabel, I-III, Weimar 1931.
I .....	Iustiniani Institutiones.
JUS .....	JUS, Rivista di scienze giuridiche, Nuova Serie Milán.
LABEO .....	Labeo, Rassegna di Diritto romano, Nápoles.
MDI .....	Novissimo Digesto Italiano.
MRE .....	Nou-velle revue historique de droit français et étranger (Paris).
RE .....	Revue historique de droit français et étranger (Paris).
Scritti beat. Ferrini..	Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione delle sue beatificazione, 4 vols. - (1947-1949).
SDHI .....	Studia et documenta historiae et iuris (Roma)
SOLAZZI, Scritti .....	SOLAZZI, Scritti di diritto Romano, I-IV, Napoli 1955-1963.
ST. Bonfante .....	Studi in onore di P. Bonfante, 4 vols. Milán - 1930.
SZ .....	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung.

XIII

TR .....	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Revue - d'Histoire du Droit.
VASALLI, Studi .....	VASALLI, Studi Giuridici, I-III, 2, Milán 1960
VIR .....	Vocabularium Iurisprudentiae Romanae, I-V, Ber- lin 1903-1910.

XIV

INDICE BIBLIOGRAFICO

ALBANESE,

- La struttura della manusmissio inter amicos (Contributo alla storia dell'amicitia romana) in AP 29 (1964) pagg. 5 a 103.

ALBERTARIO,

- I Tribonianismi avvertiti dal Giulio, in Studi I, pagg. 3-18.
- La costruzione "nisi...tunc enim" ed altre consuetudini, in Studi VI, pag. 57 a 91.
- Hodie, in Studi VI, pagg. 125 a 142.
- Actiones e interdicta, in Studi IV, pag. 117 a - 163.
- Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del codice civile, in Studi III, pagg. 73 a 94.
- Actio de Universitate e Actio Specialis in Rem, - in Studi IV, pag. 65 a 113.
- Contributti alla critica del Diritto, in Studi VI pagg. 95 a 121.
- Iustus Pretium e Iusta Aestimatio, in Studi III, pagg. 403 a 424.
- Procurator unius rei, in Studi III, pagg. 496-521.
- Conceptus pro iam nato habetur, in Studi I, pagg. 3 a 60.
- L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione, in Studi III, pagg. - 285 a 310.
- La nullità dell'obbligazione per indeterminazione della prestazione, in Studi III, pagg. 313 a 327.
- La cosiddetta honoraria obligatio, in Studi III, pagg. 21 a 41.
- L'arbitrium boni viri nell'onere di un fideicommissario, in Studi III, pagg. 331 a 363.
- La cosiddetta obligatio ex causa fideicommissi, - in Studi III, pagg. 45 a 54.
- Elementi romano classici ed elementi romano giustiniani nel nostro diritto delle obbligazioni, in Studi III, pagg. 531 a 547.
- La definizione del matrimonio secondo Modestino, in Studi I, pagg. 181 a 193.
- Delictum e crimen, in Studi III, pag. 142 a 195.
- Contributti alla storia della ricerca delle interpolazioni, in Studi VI, pagg. 30 a 35.



ALBERTARIO

- Nuove osservazioni sulla trasmissibilità del iudicium operarius all'erede estraneo, en Studi IV, -  
pags. 14 a 37.
- Sulla revoca tacita dei legati e dei fedecommessi  
nel diritto romano, en Studi IV, pag. 41 a 62.
- Sull diritto dell'erede estraneo alle opere dei -  
liberti, en Studi IV, pags. 3 a 12.
- Cornus e Universitas nella designazione della per-  
sona giuridica, en Studi I, pags. 99 a 120.
- Oriente ed occidente nell diritto romano del basso  
impero, en Studi VI, pags. 337 a 403.
- L'actio quasi in iuditoria, en Studi II, pags. 190 a  
215.
- Schivati e favor libertatis, en Studi, I, pags.  
63 a 77.
- Promessa generica e legato generico di dote, en  
Mélanges Cornil, I, pags. 3 a 13.
- Reconstrucción a la ed. de Kübler de las Instituciones  
de Gaius, en Studi VI, pags. 570 a 571.
- Reconstrucción a Beiträge zur Kritik der römischen -  
rechtsquellen, de Beseler, 2, Tübingen 1911, en  
Studi VI, pags. 533 a 544.

ANKUM

- Towards a rehabilitation of Pomponius, en Daube  
Festschrift, Londres y Edinburgo, 1974.

APPLETON

- Des interpolations dans les Pandectes et des mé-  
thodes propres a les découvrir, Paris 1895 (Reim-  
pression Roma 1967).
- Les notations intruses ou omises dans le manus-  
crit des Pandectes Florentines, en NRU 40 (1916)  
pags. 1 a 61.

ARANGIO-RUIZ

- Institutioni di diritto Romano, 14 ed. reimpression  
Napoles 1966.
- Le conti e la città, Scritti di diritto Romano, I  
Napoles 1974, pags. 521 y ss.

ARIAS RAMOS

- Fideicomisos y leyes enduicias, Revista de Dere-  
cho Privado, 1940, pags. 153 y ss.

ARIAS RAMOS Y ARIAS  
BONET.

- Derecho Romano, 15 ed. Madrid, 1979.
- Compendio de Derecho Público Romano e Historia -  
de las Fuentes, 14 ed. Valladolid, 1979.

ARIAS BONET

- Las reglas de derecho de la séptima Partida, en  
AEDH 45 (1973) pag. 165 a 191.

XVI

- ARIAS BONET - Sobre el SC. Horidiano, en AIDE 50 (1980) pags. 375 a 382.
- ARNDTS - Treatato dello Pandetto, (trad. F. Sereffini) Bologna 1879.
- ASTOLFI - Studi sull'interpretazione della revoca implicita in materia de legati e di manomissioni, en SDHI 25 (1959) pag. 123 a 185).
- BARDIFRI - Coduca e testamento, en Studi Bonfante 4, pags. 567 a 598.
- BARTOSIK - Il Senato Consulto Trebelliano, en Scritti Ben- tazione Ferrini, 3, Milan 1948, pags. 308 a 336
- BERGER - Encyclopedia Dictionary of Roman Law, (s.v. Publi- catio bonorum y s.v. SC. Plencianum)
- BESELER - Beiträge zur Kritik der römischen rechtsquellen Tübingen, 1 (1910), 2 (1911), 3 (1913) 4 (1920) y 5 (Leipzig 1931).
- Miszellen, en SZ 43 (1922) pags. 535 a 566; en - SZ 45 (1925) pags. 396 a 488; en SZ 47 (1927) - pags. 354 a 379; en SZ 52 (1932) pags. 287 a 293
- Miscellanea, en SZ 45 (1925) pags. 188 a 265.
- Romanistische studien, en SZ 46 (1926) pags. 83 a 143, en SZ 47 (1927) pags. 53 a 74; en SZ 50 - (1930) pags. 18 a 77; en TR 10 (1930) pag. 161 a 240.
- Textkritische studien, en SZ 52 (1932) pags. 31 a 63; en SZ 53 (1933) pags. 1 a 63.
- Et ideo - Declarare - Ille, en SZ 51 (1931) - pags. 54 a 83.
- Confestim - Continuo, en SZ 51 (1931) pags. 188 a 202.
- Fruges et Falene II, (Romanistische untersuchun- gen) en Festschrift Schulz, I Weimar 1951, pags. 3 a 51.
- Miscellanea praecoronana, en Studi Bonfante II, - pags. 53 a 83.
- BESNIER - La date des senatus-consultes Dasumen et Artic- leien, en RHD 9 (1930) pags. 836 y 837.
- BETTI - Esercitazioni romanistiche su casi pratici, I, - Anormalità del negozio giuridico, Padua 1930.
- BIONDI - La convalidazione del codicillo fatto dall'incapa- ce, en Scritti Giuridici III, pags. 625 a 638.

XVII

- BIONDI
- Hereditas e Bonorum Possessio, en Scritti Giuridici III, pags. 521 a 544.
  - Iudicia bonae fidei, en AP 7 (1920) pags. 178 a 267.
  - Appunti intorno alla sentenza nell'processo civile romano, en Studi Bonfante, 4, pags. 31 a 102
  - Il diritto romano cristiano, Milán 1952.
  - Istituzioni di diritto Romano, Milán 1952.
  - Successione testamentaria. Donazioni, Milán 1955
- BONFANTE
- La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibile, en Scritti Giuridici III, pags. 368 a 375.
  - La formazione scolastica della dottrina dall'uni versitas, en Scritti Giuridici I, pags. 307 a - 323.
  - La successio in universum ius e l'universitas, - en Scritti Giuridici I, pags. 250 a 306.
  - Corso di Diritto Romano, I, La famiglia, Milán - 1963 (Reimpresión de la 1ª ed., Roma 1925) VI La successioni, Milán 1974 (Reimpresión 1ª ed., Roma 1930)
  - Storia del Diritto Romano, I, Milán 1958.
  - Instituciones de Derecho Romano, (trad. de la 3ª ed. por L. Bacci y A. Larrosa, revisada por F. - Campuzano), Madrid 1929.
- BIONINI
- Introducción al estudio de la edad justiniana, (trad. Alvaros de Cienfuegos) Granada 1979.
  - I libri cornitionibus di Callistrato, Milán 1964
- BRASILEJO
- Obligatio ex contracta, en Studi Bonfante, 2, pags. 541 a 587.
- BUCKLAND
- The Roman Law of Slavery, Cambridge, 1908.
- CASAVOLA
- Guio nel suo tempo, en Labos 12 (1966) pags. 7 a 17.
- CLEMENTE DE DÍEGO
- Naturalera jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo, Madrid 1926.
  - El fideicomiso de eo quod numeravit en Derecho - Romano, Universidad Central. Discurso leído en - la solemn inauguración del curso académico 1926 -1927.
- COSTA
- Ulpiano, Bolonia 1894
  - Crispini e pone da Romolo a Giustiniano, Bolonia 1921.

# XXIII

- CLINTON - Facti Romani. The civil and literary chronology of Rome and Constantinople from the death of Augustus to the death Justin II. Oxford 1845 (Reim-  
pression New York, s/f).
- CROOK - Consilium Principis. Imperial councils and coun-  
sellors from Augustus to Diocletian. Cambridge -  
1955.
- CUQ - Institutiones juridiques des romains. Paris 1928
- DAUBE - Roman Law. Lin-guistic, social and philosophical  
aspects. Edinburg 1969.
- DECLAREUIL - Quelques notes sur certains types de fideicomis-  
sa en Melanges Gerardin. Paris 1907, pages. 135 a 155
- DE FRANCISCI - Novi studi intorno alla legislazione giustinia-  
nea durante la compilazione dell pandette. en -  
BIDR 27 (1914) pages. 5 a 54.  
- Συμβολαί. Storia e dottrina dei cosiddetti  
contra in nommati. Pavia 1916.
- DE MIDIO - Sul titolo "de rebus dubiis" (34,5.) Del Dignato.  
en BIDR 13 (1900) pages. 243 a 246.  
- I tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro. en -  
BIDR 13 (1900) pages. 208 a 242.  
- Caso fortuito e forza maggiore in Diritto Romano  
en BIDR 20 (1908-9) pages. 157 a 249.
- DE RUGGIERO - Sul trattamento delle condizioni immorali e "con-  
tra leces" nel diritto Romano. en BIDR 16 (1904)  
pages. 162 a 192.
- DESSERTAUX - Etudes sur la formation historique de la capitis  
diminutio, II, Evolution et effets de la capitis  
diminutio. Paris 1919.
- DI SALVO - Il legato modale in Diritto Romano. Elaborazioni  
domestiche e realtà sociali. Universidad de Came-  
rino 1973.
- DONATUTI - Studi sul procurator, I, Dell' obbligo a dare la  
"cautio ratam rem dominum habiturum". en AG 89 -  
(1923) pages. 190 a 222.  
- Del regime dei verba al regime della voluntas. en  
BIDR 34 (1925) pages. 185 a 223.  
- Lo Statulibero. Milan, 1940.
- D'ORS, X. - A propósito de los fideicomisos "quibus voles" y  
"si sine liberis decesseris". en SDHI XLV (1979)  
pages. 266 a 280.

# XIX

- DULCKEIT - Voluntas und Fides in Vermächtnisrecht, en Festschrift Kerschaker 2, page. 314 a 352.
- FERRARD - Rechts- und Sorgfaltspflicht im Ausdruck dare - operari, en SZ 46 (1926) page. 144-168.
- EISELE - Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen, en SZ 11 (1890) page. 1 a 30.  
- Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen, en SZ 13 (1892) page. 118 a 156.
- ERNOUT Y MEILLET - Dictionnaire étymologique de la langue latine, Paris 1967, (s.v. re y s.v. instituere).
- FADDA - Dell'origine dei legati, estrato dagli studi giuridici e storici pubblicato per 1<sup>a</sup> VIII centenario Un. Bologna.  
- Concetti fondamentali del diritto ereditario Romano, Milán 1949.
- FERRINI - Storia delle fonti del diritto Romano e de la giurisprudenza romana, Milán 1885.  
- Teoria generale dei legati e dei fideicommissi, - Milán 1889 (Reedición y reproducción, Roma 1976)  
- Appunti sulla separatio bonorum, en AG 63 (1899) page. 544. a 549.  
- Locat... attinen..., (note critiche ad aegretias), en BIDR 14 (1901) page. 213 a 223.  
- Ottaviano e le sue dottrine, en Opere, 2, page. - 113 a 144.  
- Le presunzioni in Diritto Romano, en Opere, 3, - page. 417 a 451.
- FITTING - Das ex tunc peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung, Halle 1871.  
- Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander, Halle, 1908.
- FONT BOIX Y COMBARANZA MARTINEZ RADIO. - El fideicomiso de residuo "eo quod supererit" y "ei quid supererit", en Estudios de Derecho Privado, II, Madrid 1965, page. 559 a 587.
- FRANCA LA ROSA - I peculii speciali in Diritto Romano, Milán 1953
- FRANCIOSI - Clan gentilicio e strutture monogeniche, I, Napoli 1975, y II, Napoli 1976.

XX

- FRESE - Viva vox iuris civilis, en SZ 43 (1922) page. 466 a 484.
- Defensio, Solutio, Expromissio, des unberufenen Dritten, en Studi Bonfante, 4, page. 399 a 457.
- FUSTEL DE COULANGES - La ciudad antigua, Buenos Aires, 1951.
- GARCIA GARRIDO - Derecho Privado Romano, I, Instituciones, Madrid, 1979.
- GENZMER - La genese du fideicommiss, en RHD 40 (1962) page. 319 a 350.
- GIRARD - Melanges de Droit Romain, I, Histoire des Sources Paris 1912.
- Manuel elementaire de Droit Romain, 8° ed., Paris 1928.
- GIUFFRÉ - L'utilizzazione degli atti giuridici mediante con versione in Diritto Romano, Napoles 1965.
- GLASSON - Etudes sur Gaius et sur quelques difficultés relatives aux sources du Droit Romain, Paris 1885 -- (reimpresión, Roma 1965).
- GLUCK - Comentario alle Pandette, (trad. Ferrini), Milán 1898.
- GONZALEZ Y MARTINEZ - El fideicomiso de residuo, en Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil, Madrid 1948, III, - page. 372 a 385.
- GONZALEZ PALOMINO - Enajenación de bienes pseudo-usufructuarios, en Estudios Jurídicos de arte menor, Pamplona, 1964.
- GRADENWITZ - Interpolationen in den Pandekten, en SZ 7,1 -- (1886) page. 45 a 84.
- Interpolationen in den Pandekten, Berlin 1887.
- Textkritisches, en SZ 14 (1893) page. 115 a 134.
- Licet en-in legibus soluti sumus attamen legibus vivimus, en SZ 26 (1905) page. 347 a 366.
- GROSSO - I legati nel Diritto Romano, 2° ed., Turin 1962.
- Sulla riforma de Giustiniano in materia di legati en Studi Paoli, Florencia 1955, page. 359 a 363.
- Lezioni di Diritto Romano, I, Modena 1931-32.
- Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano, 2° ed. Turin, 1958.
- Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. obbligazioni alternative e generiche, 3° ed. Turin, 1966.

# XII

- GRUPE - Zur Sprache der römischen Digestenfragmente, - en SZ 17 (1896) page. 311 a 323.
- GUARINO - Isidoro di Siviglia e l'origine dei codicilli, en SDHI (1944) page. 317 y ss.
- Salvius Iulianus. Perfil biobibliografico, 1945 (Reimpresión, Labeo (1964) page. 364-426).
- Lezioni delle fonti del Diritto Romano, Naples 1963.
- Diritto Privato Romano, 5ª ed., Naples 1970.
- GUARNERI CITATI - Senal commissio poena non evanescit, en BIDR 32 - (1923) page. 241 a 272.
- Contributi alla dottrina della mora, en AP 11 - (1923) page. 161 a 328.
- Studi sulle obbligazioni indivisibili nel Diritto Romano, I, Palermo 1921.
- HAYMANN - Textritische Studien zum römischen Obligationenrecht, en SZ 40 (1919) page. 167 a 350.
- HERRANDEZ GIL, A. - El testamento militar. En torno a un sistema hereditario militar romano, Madrid 1946.
- HOFFMAN - M. Plancius Varus, en Pauly, R.E. XI, 2, 2.015-16
- HOFOR: - Gaius, Oxford 1962.
- Julian's circle, TR 32 (1964) page. 1 a 44.
- Tribonian, Londres 1978.
- HOWE - The Praetorian Prefect from Commodus to Diocletian Chicago 1942 (Reimpresión, Roma 1966).
- HUBERT - Exilium, en Daremberg - Saglio, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, II, Paris 1892 (Reimpresión, Graz 1969).
- HUVELIN - Cours élémentaire de Droit Romain, Paris 1927.
- IGLESIAS SANTOS - Sobre el Derecho Romano y la "Auctoritas", Estudios (IIº de Roma-Derecho Romano-Derecho moderno) Madrid 1963, page. 63 a 66.
- En torno al fideicomiso familiar catalán, Estudios (IIº de Roma-Derecho Romano-Derecho moderno), Madrid 1963, page. 163 a 189.
- IMBERT - Favor libertatis, en RID 4,27 (1949) page. 274 a 277.
- IMPALLOMMI - Le nonnominazioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane, Padova 1963.

# XVII

- KALB - Roma iuristen nach ihrer ansicht dargestellt. Leipzig 1890
- KALINEA - Digestenkritik und philologie, en SZ 47 (1927) -  
page. 319 a 354.
- KASER - La classicità di Gaio. Gaio nel suo tempo. Atti -  
del simposio romanistico, Napoli 1966.  
- Das Römische Zivilprozessrecht. Munich 1966.  
- Das Römische Privatrecht. Munich, 1971.
- KELLY - Principes Iudex. Eine Untersuchung zur Entwicklung  
und zu den Grundlagen der Kaiserlichen Gerichts-  
barkeit. Weimar 1957.
- KOSCHAKER - L'alienazione della cosa legata. Conferenze Roma-  
nistiche, Milán 1940.
- KOVALIOV - Historia de Roma. Madrid 1975.
- KRUGER, P. - Geschichte der Quellen und Literatur des römischen  
Recht. Leipzig: 1912. (Traducción española, H. -  
Cuentos y literatura del Derecho Romano. Madrid  
s/f.)
- KRUGER, H. - Die humanitas und die pietas nach den Quellen des  
römischen Rechts. en SZ 19 (1898) page. 6 a 57.  
- Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommi-  
ssa. en SZ 48 (1928) page. 170 a 196.
- KUHLER - Traditionen des Pandektenrechts. en SZ 11 (1890)  
page. 45 a 52.  
- Atquin. Kritische Studien zur interpolations For-  
schung. en SZ 42 (1921) page. 515 a 542.
- KUNKEL - Herkunft und soziale Stellung der römischen Juris-  
ten. Weimar 1952.
- LANDUCI - Storia del Diritto Penale Romano. 2° ed., Verona-  
Padua 1898.
- LANFRANCHI - Il diritto nei retori romani. Milán 1938.
- LAPICKI - La nature juridique du colonat romain. en Studi  
Volterra, III, Milán 1971, page. 359 a 373.
- LAVAGGI - La successione dei "liberi patroni" nelle opere  
dei liberti. en GDHI (1945) page. 237 a 278.  
- Luovi studi sui liberti. en Studi De Francisci -  
II, page. 75 a 111.



# XXIII

- LE BRAS - Les fondations privées du Haut Empire, en Studi Riccobono, III, Palermo 1936 (reimpressione 1974) pages. 22 a 67.
- LEMERCIER - Quelques remarques sur les origines du fideicommissum d'héritage à l'époque classique, en RHD 14 (1935)
- LIEBEL - Rechtslehre Juris Civilis, Lipsiae 1889.
- LEVY-BRUHL - Nature de la Mancipatio Familiae, en Festschrift Schulz, I, Weimar 1951, pages. 253 a 262.
- LONGO, G. - La categoria delle "servitutes" nel Diritto Romano Classico, en BDIR 11 (1893) pages. 281-340.  
- Su l'origine della successione particolare, en - BDIR 14 (1902) pages. 127 a 202 y 224 a 275, y - BDIR 15 (1903) pages. 283 a 309.
- LORETTI-LORINI - La condizione del liberto vicino della compilazione giustinianea, en BDIR 34 (1925) pages. 29 a 66.
- MARCHI - I testi delle Pandette relativi alla vendita e al legato della militiae, en AG 76 (1906) pages. -- 291 a 324.  
- Le disposizioni testamentarie a titolo di pena, - en BDIR 21 (1910) pages. 5 a 109.
- MARTINO, F. DE - Storia della costituzione romana, IV y V, Napoli 1962 y 1967.
- MARICHI - La quota ante legata fideicommissaria (un esempio di metodo storico-critico in Acurcio) IUS, NS 15 (1964) pages. 70 y ss.  
- Acurcio precursor del metodo storico critico - nello studio del Corpus Iuris Civilis, Atti del Convegno Internazionale di studi Acurciani, Bologna 21 - 23 ottobre 1963, II, Milano 1968, pages. 597 a 601.
- MAY - Les manuscrits Hacidica et Volusiana, RHD - 14 (1935) pages. 1 a 25.
- MUSCINA VITRANO - Sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e dei fideicommissi, en AP 3/4 (1917) pages. 3 a 16.  
- Ancora sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e dei fideicommissi, en AP 6 (1920) - (1921) pages. 195 a 204.  
- La convertibilità del modo eretto su legato o fideicommissum nel Diritto Romano classico e giustinianeo, en Studi Riccobono, III, Palermo 1936, - pages. 22 y ss.

XXIV

- MEYER - Miscellanea, en SZ 46 (1926) pags. 264 a 267.
- MILONE - Il fideicommissario romano nel suo svolgimento storico, Napoles 1836.
- MIQUEL - El problema de la sucesión de Augusto, Santa Cruz de Tenerife, 1963.
- Principado de Augusto y despolitización, Homensajo a Elias Serra Rafols, III, La Laguna 1970, pags 11 y ss.
- MOMMSEN - Römische Strafrecht, ed. 1899 (Reimpresión Darmstadt 1955).
- MOMIER - Manuel Elementaire de Droit Romain, Paris 1945
- NARDI - Appunti delle lezioni del prof. Bortolucci raccolte a cura di ..... Corso de Diritto Romano, - Bolonia 1932.
- O'BRIEN MOORE - SC. Placidianum, en Paulys R.E., Sulpl. VI, 812.
- ORESTANO - La valutazione del prezzo del fideicommissario e nel legato di res aliena e nella fideicommissaria libertas. Separata de Annali Camerino 10, Napoles - 1936.
- Macciano, en NDI 10 (1964) pags. 474.
- Paolo, en NDI 12 (1965) pags. 362-363.
- Pomponio, en NDI 13 (1966) pags. 271-272.
- ORTIGA Y CARRILLO DE ALBORNOZ - Observaciones sobre el fideicomiso de libertad, - Homensajo a Roca Sastre, Madrid 1976, pags. 189 a 206.
- PACCHIONI - Corso di Diritto Romano, Turin 1910.
- L'obligatio naturalis nell Diritto Romano Classico en Rivista di Diritto Civile 18 (1926) pags. 39 a 67.
- PAMPALONI - Contributti alla determinazione degli emblemi nelle landette, en AG 55 (1895) pags. 500 a 513
- Rapporti giuridici condizionali e legge Falcidia, en BIDR 21, (1909) pags. 180 a 204.
- Il concetto classico dell'usufrutto, en BIDR 22 - (1910) pags. 109 a 154.
- PROZZI - Le obbligazioni romane, en Scritti giuridici II, Milan 1943, pags. 313 a 439.
- Istituzioni di Diritto Romano, Florencia 1908.

- PIROZZI - Interpretazione della L. 14.3 D. de alim. vel cib. leg. 34. l. Ulpianus libro secundo fideicommissarum, en Scritti Giuridici II, pages. 261 a 309.
- PERNICE - Pareren, en SZ 13 (1892) pages. 246 a 287.  
- Labo. Römisches Privatrecht in ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit, Halle 1873 (Reimpression 1963).
- PESCANI - Le opere libertorum, Trieste, 1967.
- PICHON - Monjes y cosas de la antigua Roma, Madrid 1928.
- PRINGSHEIM - Miscellen, en SZ 41 (1920) pages. 252 a 262; en - SZ 42 (1921) pages. 643 a 668.  
- Animus donandi, en SZ 42 (1921) pages. 273 a 327.
- PROVIRA - La vindictio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano, Memorie dell'Istituto giuridico Università di Torino CIII, Turin 1964.
- RICCOBONO - Prospectus Montium. La citazione del l. III Quas. di Domitiano in Ardenorulo, en AG 76 (1906) pag. 457 a 470.  
- Cristianesimo e Diritto Privato, en Rivista di - Diritto Civile 3 (1911) pages. 37 a 70.  
- Dal Diritto Romano classico al Diritto moderno, - en A. 3/4 (1917) pages. 164 a 706.  
- Die vererblichkeit der strafklagen und die fiktion der fideicommissarischen nachklassischen und islamischen rechte, en SZ 47 (1927) pages. 75 a 116.  
- Arbitrium boni viri nei fideicommissi, en Melanges Cornil, II, pages. 310 y ss.  
- Verba e fideicommissi. verba e voluntas, Melanges Cornil II, pages. 348 y ss.  
- La formazione della teoria generale del contratto nel periodo della giurisprudenza classica, - en Studi Bonfante I, Milán 1930, pages. 125 a 173.
- ROHLF - Tractor fideicommissarius, en RIDA 3° S, 15 (1968) pages. 299 y ss.
- SAINZ-REQUENA - La responsabilidad y la imposibilidad de convalidación de los actos jurídicos nulos, La Laguna - 1976.
- SCADUTO - Gli arbitratori nel Diritto Privato, en AP II - 1923) pages. 5 a 160.
- SCIALOJA - Il diritto nuziale applicato all'eredità, en - RIDA 1° (189-1900) pages. 265 a 220.

# XVI

- SCIALOJA**
- Sulla condizioni impossibili nei testamenti, en --- BIR 14 (1901) page. 5 a 46.
  - Sulla cost. 12 de fideic. 6, 42, in relazione col fr. 10 ad SC. Trebelliano. 36, 1., en Studi Giuridici I, page. 292 a 301.
- SCHLOSSMANN**
- Nexum, Leipzig 1904 (Reimpression 1980).
- SCHULZ**
- Klarer-cession in Interesse des cessionars oder - den codicem in Klassischen römischen Recht., en SZ 27 (1906) page. 82 a 150.
  - Scientia, dolus und error bei der Stellvertretung nach Klassischen römischen Recht, en SZ 33 (1912) page. 37 a 80.
  - Einführung in das Studium der Digesten, Tübingen - 1916.
  - Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht, en SZ 48 (1928) p age. 197 a 284.
  - Roman legal science, Oxford 1953.
  - Classical Roman Law, Oxford 1951.
- SCHWARZ**
- Die Rechtswirkungen der lex Falcidia, en SZ 63 - (1943) page. 314 a 367.
- SEGRE**
- Riconoscimento, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico, en Rivista di Diritto civile 18 (1926) page. 416 a 471.
- SERAFINI**
- Saggio di interpretazione della L. 14 - 3 Dig., - de alimentis legatis, en AG 18 (1877) page. 15 a 26.
- SIBER**
- Interpellatio und mora, en SZ 29 (1908) page. 47 a 113.
  - Naturalis obligatio, en Gedenkschr. für L. Mitteis 1925, page. 1 a 88.
- SOLAZZI**
- Error e rappresentanza, en Scritti I, page. 277 a 294.
  - La restitutio in integrum del pupillo, en BIR 27 (1915) page. 296 a 310.
  - L'editto "qui ab eo iudicio defensum non fuerit" en Studi giuridici in onore de V. Simoncelli 1916 page. 411 a 431.
  - Sulla condicio emancipationis, en AG 86 (1921) -- page. 163 a 222 (Scritti II, page. 465 a 507).

# XVII

SOLAZZI

- L'origine storica della rescissione per lesione  
oneris, BIDR 31 (1921) pages. 51 a 87.
- Studi sulla tutela, en Scritti III, pages. 81 a 156
- Miscellanea, en AG 94 (1925) pages. 58 a 92.
- Sul concorso dell'heres quis, en BIDR 39,2 (1931)  
pages. 5 a 17.
- Su i reperi degli atti fraudolenti nel Diritto Roma-  
no, Rivista 1934.
- Costituzione dell'obbligazione nel Diritto Romano  
1935.
- Il errore nella condictio indebiti, en Scritti IV,  
pages. 90 a 164.

TALAMANCA

- Sul concorso fra legato e manomissione, Estratto  
da Studi in onore de Biondo Biondi, Milán 1961.

TORRENT

- Indismissum familiare relictum, Oviedo 1975.

TRINOGGI

- Restituendo (Diritto Romano) en MDI VII (1961)-  
pages. 120 a 121.

VANZANI

- Religiosa stipulatio, en BIDR 26 (1913) pages. 52  
a 57.
- Iuris et facti ignorantia, en Studi Giuridici III,  
pages. 425 a 470.
- Obbligazione condicio, en BIDR 27 (1915) pages. 192 a  
274.
- Miscelanea critica di Diritto Romano (I), en -  
Studi Giuridici, III, Milán 1960, pages. 335 a 381

VAZNY

- Naturalis obligatio, en Studi Bonfante IV, pages.  
107 a 110.

VOCI

- Teoria dell'acquisto del legato secondo il Diritto  
Romano, Milán 1936.
- Il errore nel Diritto Romano, Milán 1937.
- In tema de errore, en SDHI 8 (1942) pages. 83 a 112
- Diritto ereditario Romano, Vol. I, Introduzione.-  
Parte Generale, 2ª ed. Milán 1967. Vol. II, Parte  
Speciale I, Milán 1956. Parte Speciale II, succo-  
ssione ab intestato. successione testamentaria.-  
2ª ed., Milán 1963.

VOLTERRA

- Antes Consulta, MDI 16 (1967) pages. 1047 a 1078

VON LUDTOW

- Per dictatitel "Quod actus causa gestus erit". -  
en Harvard 1922

XVIII

VLASSAK

- Die prätorischen Frollassungen, en SZ 26 (1905)  
page. 367 a 461.
- Vindikation und Vindikations locat., en SZ 31 -  
(1910) page. 196 a 321

INDICE GENERAL

<b>I. LOS FIDEICOMISOS A TRAVES DE LA LITERATURA ESPECIFICA DE LOS JURISTAS ROMANOS.</b>	
1. La delimitación del tema .....	Pag. 1
<b>II. LOS AUTORES DE LAS MONOGRAFIAS.</b>	
2. Aburnio Valente .....	" 11
3. Volusio Maciano .....	" 18
4. Sexto Pomponio .....	" 21
5. Gayo .....	" 23
6. Julio Paulo y Demicio Ulpiano .....	" 26
7. Conclusión .....	" 31
<b>III. DESARROLLO HISTORICO DEL FIDEICOMISO.</b>	
8. Origen del fideicomiso .....	" 33
9. Protección jurídica de los fideicomisos. Sus comienzos ...	" 41
10. La eficacia del fideicomiso y el problema de su inserción en el régimen general de las disposiciones <u>mortis causa</u> . - El acercamiento al legado .....	" 47
11. Legados y fideicomisos en época postclásica .....	" 54
12. La posición de Justiniano .....	" 56
<b>IV. FIGURAS SINGULARES DE FIDEICOMISOS.</b>	
13. El fideicomiso de herencia .....	" 63
14. El fideicomiso de residuo .....	" 77
15. El fideicomiso tácito .....	" 84
16. El fideicomiso de libertad .....	" 95
<b>V. LOS FIDEICOMISOS EN LA LITERATURA JURIDICA CLASICA.</b>	
17. Perspectivas para el estudio de los restos conservados ...	" 110
18. Cuadro de los restos conservados .....	" 126
<b>VI. 1. LAS MATERIAS TRATADAS EN LAS MONOGRAFIAS.</b>	
19. Los temas relativos a la capacidad	
A. Los textos de Ulpiano.	
La regla general en cuanto a la capacidad activa.....	" 136
Otros casos particulares .....	" 146
B. Los textos de Maciano .....	" 167
C. Los textos de Valente .....	" 178
D. Los textos de Ulpiano relativos a quien se puede encomendar el cumplimiento de un fideicomiso .....	" 189
E. El texto de Maciano .....	" 198 b1
F. Textos sin título .....	" 200
<b>VI. 2.</b>	
20. Los temas relativos al contenido de los fideicomisos. Introducción .....	" 203

XXX

A. Los textos de Valente .....	Pag. 205
B. Los textos de Meciano .....	" 231
C. Los textos de Pomponio .....	" 253
D. Los textos de Gayo .....	" 258
E. Los textos de Paulo .....	" 284
F. Los textos de Ulpiano .....	" 289

#### VI. 3.

##### 21. De fideicommissaria libertatibus

Puntos destacados por los juristas .....	" 337
a) El eventual incumplimiento del fiduciario .....	" 338
b) La atribución del patronato .....	" 340
c) Límites en la conducta esperada del fiduciario .....	" 342
d) La interpretación de las disposiciones ambiguas .....	" 343
e) Singularidades personales (en esclavos o en dueños) ...	" 343

##### 22. El tratamiento de las libertades fideicomisarias en cada una de las obras monográficas.

A. Valente .....	" 344
B. Meciano .....	" 350
C. Pomponio .....	" 359
D. Gayo .....	" 364
E. Paulo .....	" 364
F. Ulpiano .....	" 392

#### VI. 4.

##### 23. De fideicommissaria hereditatibus

Puntos destacados por los juristas .....	" 470
a) La resistencia del heredero a adir la herencia y los problemas de la restitución de la misma al fideicomisario .....	" 472
b) La correcta determinación de la cuarta Falcidia .....	" 473
c) Problemas relativos al traspaso de acciones entre fiduciario y fideicomisario .....	" 474
d) Los SS.CC. Trebeliano y Pegasiano, contenido y efectos de la aplicación de los mismos .....	" 475

##### 24. El tratamiento de las herencias fideicomisarias en cada una de las obras monográficas .....

A. Valente .....	" 475
B. Meciano .....	" 491
C. Pomponio .....	" 574
D. Gayo .....	" 583
E. Paulo .....	" 608
F. Ulpiano .....	" 619

#### VI. 5.

##### 25. De tacitis fideicommissis.

Textos precedentes de la monografía de Gayo .....	" 689
Textos precedentes de la monografía de Paulo .....	" 690



VI. 6.

26. De iurisdictione fideicommissaria.

Los textos de Ulpiano ..... Pag. 693

CONCLUSIONES ..... " 711

INDICES

Indice de fuentes .....	" I
Abreviaturas utilizadas .....	" XII
Indice bibliográfico .....	" XIV
Indice General .....	" XXIX

